

NEOLIBERALISMO E DIREITO:  
ASPECTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA CRÍTICA NEOLIBERAL

José Wanderley Kozima

DISSERTAÇÃO APRESENTADA  
AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO  
DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO

Orientador: Prof. Dr. Índio Jorge Zavarizzi

Florianópolis

1997

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A dissertação        **"Neoliberalismo e Direito: aspectos político-jurídico da crítica neoliberal"**

Elaborada por        **JOSÉ WANDERLEY KOZIMA**

Aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para obtenção do título de **MESTRE em DIREITO**

Florianópolis, 24 de junho de 1997.

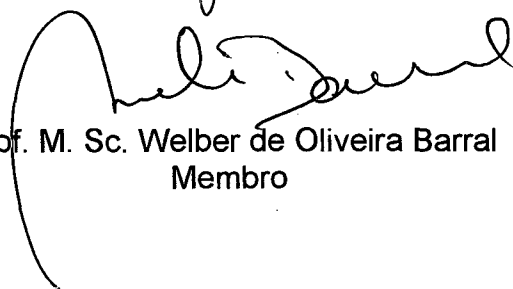
**BANCA EXAMINADORA:**



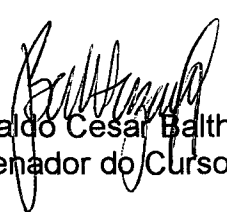
Prof. Dr. Indio Jorge Zavarizi  
Professor Orientador - Presidente



Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar  
Membro



Prof. M. Sc. Welber de Oliveira Barral  
Membro



Dr. Ubaldo Cesar Balthazar  
Coordenador do Curso

<b>Introdução</b>	<b>3</b>
<b>Capítulo I: O que é neoliberalismo?</b>	<b>7</b>
1.1. Neoliberalismo: Primeira delimitação do tema	7
1.2. Neoliberais: quem são?	12
1.3. Sobre a perspectiva adotada	15
1.4. Perspectiva histórica	17
1.5. O momento da reflexão “neoliberal”	22
<b>Capítulo II: O contexto do “neoliberalismo”</b>	<b>27</b>
2.1. O Estado Social em crise	27
2.2. Provisões e Prerrogativas	29
2.3. O sentido da ideologia	36
2.4. Conceitos de liberdade	40
2.5. Liberdade e a contradição na democracia liberal	47
2.6. Considerações sobre o Estado, o poder e o Direito	52
2.6.1. A questão do consenso	58
<b>Capítulo III. As idéias de F. A. Hayek</b>	<b>61</b>
3.1. Justificando a escolha	61
3.2. Algumas referências à obra de Hayek no Brasil	62
3.3. Evolução cultural: ordens espontâneas e Sociedade Aberta	66
3.4. Construtivismo: as ordens espontâneas vistas como organização	70
3.5. Direito e Legislação	73
3.6. Os inimigos do Estado de Direito	76
3.6.1. Crítica ao positivismo jurídico	79
3.6.2. Crítica à democracia.	82
3.6.3. F. A. Hayek e Hans Kelsen: questões puramente intelectuais.	85
3.7. Intervencionismo estatal: a questão das políticas governamentais	89
3.7.1. Tributação	93
3.8. Direito e mercado	94
3.8.1. Monopólios	97
3.9. Modelo de constituição hayekiano	99
<b>Capítulo IV: (Neo)liberalismo e Brasil</b>	<b>103</b>
4.1. A propósito do liberalismo no Brasil	103
4.1.1. Panorama constitucional	106
4.2. A visão (neo)liberal da constituição	110
4.2.1. Crítica à Constituição de 1988.	112
4.2.2. O “totalitarismo normativo”	117
4.2.3. Elaboração legislativa prevista	119

4.3. “O labirinto jurídico”	120
4.4. Alguns aspectos do Direito Econômico	123
4.5. Aspectos do intervencionismo	126
4.5.1. Intervencionismo no Brasil	129
4.6. Direito Econômico e Estado de Direito	129
4.7. Direito Econômico e complexidade	133
4.7.1. Direito econômico e desenvolvimento	135
4.8. A mão visível do Estado	140
<i>Considerações finais</i>	145
<i>Resumo</i>	147
<i>Abstract</i>	149
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	151

## Introdução

Ao lado e em conexão com o tema globalização, a palavra *neoliberalismo* tem estado presente na grande maioria dos debates políticos e intelectuais da atualidade. Em torno da palavra pode-se identificar as concepções ideológicas que movem as opiniões acerca das transformações em curso, que têm por centro a rediscussão do papel do Estado.

A palavra *neoliberal* tornou-se o adjetivo de que se tem comumente utilizado para a identificação do inimigo atual dos direitos econômicos e sociais, que se tem por amalgamados ao modelo do Estado Social. Segundo esta visão, o *neoliberalismo* seria o fruto de uma concepção individualista ou, para se lhe extrair o significado implícito, “egoística”, ante uma realidade social complexa e pletora de antagonismos e paradoxos. Uma concepção que pende entre a ingenuidade e a perversidade ou, quando menos, s simples indiferença.

Tendo o atualíssimo tema sido trazido à discussão com frequência durante o curso, ainda que lateralmente, isto independentemente da disciplina enfocada, tivemos oportunidade de verificar que, de modo geral, a palavra *neoliberalismo* suscita pronta rejeição. Nada obstante, não se pode dizer que há uma assentada compreensão acerca do conteúdo desta palavra tão largamente utilizada.

Interessando cada vez mais a discussão, acabamos por eleger o tema como objeto da dissertação a ser apresentada, o que, em mais de uma ocasião, pareceu uma escolha pouco feliz, haja vista as controvérsias e os desencontros que o rondam. Prevalecendo, por teimosia decerto, a escolha inicial, procuramos abordar o *neoliberalismo* de uma forma que se ajustasse à fluidez do tema.

O que se pretende nas próximas páginas não é dissecar o *neoliberalismo*, apresentando uma visão aprofundada de todos os aspectos envolvidos, mas sim abordar o tema em grandes linhas, procurando chamar a atenção para alguns aspectos que parecem relevantes para o momento atual da discussão nos meios jurídicos e políticos, levando-se em conta o contexto brasileiro.

Pareceu-nos ser necessário, de início, considerar atentamente alguns dos argumentos que se disseminam sob “*inspiração neoliberal*”, para que se pudesse aquilatar-lhes a coerência com certa imparcialidade. Partiu-se da premissa de que se há, de fato, uma grande adesão de políticos e intelectuais a alguns argumentos tidos por *neoliberais*<sup>1</sup> é necessário que se não tome este dado por mera alucinação coletiva ou simples efeito da comunicação de massas, mesmo porque não faltam críticos de reconhecida envergadura a combater tais argumentos, fazendo-o com competência e energia.

Para a abordagem do tema escolhido, fez-se uso do método indutivo. Em grande parte do trabalho, procuramos, no entanto, apenas expor as questões reputadas relevantes, sem posicionamentos definitivos, de modo a deixar ampla margem para uma reflexão aberta, o que de certo modo decorreu de uma imposição das circunstâncias, dada à abrangência das questões implicadas. Houvesse sido decidido pela abordagem de um único aspecto relativamente ao *neoliberalismo*, talvez o trabalho recomendasse um outro encaminhamento. Preferimos, no entanto, nada obstante a lúcida e oportuna advertência de Umberto ECO (1989, p. 7 *et seq*), o caminho da dissertação panorâmica, escolha esta influenciada principalmente pelo fato de que não tivemos acesso a muitas obras abordando o tema especifica e profundamente, o que se justifica pela própria atualidade das questões que lhe são pertinentes.

As categorias operacionais são, em grande parte, próprias à ciência política e à teoria geral do direito e do Estado, sendo que serão explicitada no correr do próprio texto, sempre que ao nosso sentir se fizer necessária a atenção. Para o caso, pareceu que, explicitar o conteúdo dos termos utilizados, se trata de processo que se incorpora ao próprio enfrentamento do tema. Quanto à técnica empregada, a natureza da pesquisa apontou para a documentação direta e indireta, bibliográfica, inclusive textos publicados na imprensa e em revistas especializadas. Ainda, com relação às normas técnicas, procuramos observar as orientações contidas na coleção *Normas para apresentação de trabalhos*, publicação da Universidade Federal do Paraná.

---

<sup>1</sup> Vem a propósito, sob este aspecto, a afirmação de Richard BELLAMY (1994, p. 8): “*parece que agora somos todos liberais*”

Ao final, a dissertação, conforme previsto no projeto submetido a exame, resultou em quatro capítulos, a que se incorpora, além da presente introdução, breves considerações finais.

No primeiro capítulo da dissertação, foram destacadas as dificuldades relativas ao emprego da palavra *neoliberalismo*, evidenciando que não há um amplo consenso acerca do sentido preciso do termo, o que em parte se justifica por razões de natureza ideológica. Tampouco o há, a bem dizer, com relação a autores que possam ser considerados *neoliberais*. Contribui também para as divergências a própria imprecisão que ronda a terminologia própria ao vocabulário político. Nada obstante, a partir de uma confiável retrospectiva histórica, foi possível chegar a uma compreensão adequada, passível de servir de parâmetro para os demais capítulos.

Buscou-se, no capítulo segundo, introduzir alguns temas políticos reputados relevantes para a identificação do momento atual, que corresponde ao revigorecimento do liberalismo, contexto em que se insere a crítica *neoliberal* à social-democracia e ao Estado Social. Foram eleitos, propositadamente, temas atuais e conhecidos da ciência política e do direito público em seara não dogmática. À evidência, a escolha dos tópicos levou em conta as considerações feitas no capítulo anterior, não se perdendo de vista, inclusive, a problemática implícita à imprecisão dos significados de algumas das palavras essenciais ao debate.

O terceiro capítulo é dedicado à exposição das linhas gerais do pensamento Friedrich A. Hayek, a partir de uma seleção prévia de livros, com destaque para questões pertinentes à abordagem jurídica do tema. O objetivo do capítulo é, desde uma visão global das obras selecionadas, explicitar as posições do autor relativamente às questões recorrentes quando o assunto é *neoliberalismo* e reforma do Estado, com destaque para suas categorias fundamentais.

Já no último capítulo (capítulo quarto), foi focalizada a realidade brasileira, principiando-se por considerar uma possível vocação antiliberal de nossos governos, para a partir daí insinuar que muitas das críticas e idéias *neoliberais*, tal como expostas no capítulo anterior, mostram-se adequadas à realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, algumas das concepções de Hayek ajustam-se perfeitamente à crítica corrente

ao ordenamento jurídico brasileiro, no que se inclui a Constituição de 1988, e às instituições político-jurídicas amplamente consideradas. Nada obstante, não se tem conhecimento de algum crítico que reivindique ou aceite o título de *neoliberal*. Neste capítulo, excepcionalmente, permitimo-nos tecer algumas considerações envolvendo a dogmática jurídica, designadamente no que tange à esfera do direito econômico. De outra parte, reservou-se espaço para submeter uma questão concreta e atual à concepção de Hayek de Estado de Direito.

Dada à amplitude do tema abordado, temos a plena consciência de que algumas colocações podem se ressentir de uma abordagem mais aprofundada, o que poderá vir a se constituir um excelente espaço para sérias e oportunas críticas. Algumas das questões levantadas mereciam, de fato, ser objeto de uma discussão mais aprofundada e, mesmo, serem eleitas como objeto privilegiado de um trabalho monográfico, dada a reconhecida complexidade do assunto. Com relação a este importante aspecto, cumpre apenas considerar que este é um ônus a mais a se suportar face à escolha do polêmico tema, associada à forma panorâmica dada à dissertação.



## Capítulo I: O que é neoliberalismo?

### 1.1. Neoliberalismo: Primeira delimitação do tema

Como ocorre com tantas outras palavras do dicionário político atual, depreender o preciso significado do termo “neoliberal” ou “neoliberalismo” é um empreendimento que tende a um certo grau de inconclusão. E a dificuldade de se alcançar com segurança o conteúdo específico e último desse movimento intelectual e doutrinário constitui-se um espaço amplo para algumas confusões, em parte suscitadas exatamente por valorações que revelam convicções ideológicas profundamente arraigadas.

Preliminarmente, impõe-se registrar que o reconhecimento do prefixo grego *neo*, e sua fácil identificação com a idéia de “novo” ou “moderno”, tomado como ponto de partida, pode encaminhar a questão para conclusões pouco satisfatórias, o que aponta para um dos primeiros desencontros que rondam o tema<sup>2</sup>.

De fato, considerado o liberalismo clássico, associado à idéia da mão invisível do mercado a coordenar a harmonia entre o interesse individual e o coletivo, poder-se-ia afirmar, coerentemente, que um tipo de novo liberalismo, menos abstencionista, já se elaborava com Jean Charles L. Sismonde de Sismondi (1773-1842)<sup>3</sup>, discípulo de Adam Smith, que, reconhecendo efeitos indesejáveis advindos das práticas e conclusões liberais, opõe-lhes severas críticas, a ponto de defender o intervencionismo estatal, sem, contudo, abandonar os princípios fundamentais do liberalismo, isto é, o da livre iniciativa e da propriedade privada (Cf. HUGON, 1980, p. 268-275). Poder-se-ia reconhecer, com efeito, na crítica de Sismonde de Sismondi, um primeiro e indefinido esboço de um certo liberalismo social, a que poder-se-ia referir como um “neo-liberalismo”, ainda que em

<sup>2</sup> O fato do liberalismo ser uma doutrina pluralista, fundamentada em muitos e diferentes autores e experiências, já aponta o terreno pantanoso a que levaria adotar a etimologia como caminho seguro. José Guilherme MERQUIOR (1991a, p. 5), levando em consideração este aspecto, prefere falar de “liberalismos contemporâneos”.

<sup>3</sup> Utilizar-se-á esta forma de referência para, quando conveniente, registrar os anos de nascimento e morte, respectivamente, de autores citados.

embrião. Sob este enfoque, o “neoliberalismo” da não-intervenção outra coisa não representaria que uma volta ao liberalismo primitivo<sup>4</sup>.

A conjectura acima pareceria a alguns não privilegiar o contexto histórico e ideológico em que se tem inserido o termo “neoliberal”, em seu uso contemporâneo. E sob este aspecto a discussão mostra-se de significativa importância, levando-se em conta que, mesmo em obras contemporâneas, a palavra “neoliberalismo” tem aparecido em alguns casos ligada a políticas e teorias sociais que, na terminologia mais vigorosa dos atuais debates políticos e intelectuais, pareceria melhor par fazer com o chamado social-liberalismo ou liberalismo social.

Não raro os termos “neoliberalismo” e liberalismo social são empregados de tal forma que se não consegue extrair qualquer distinção relevante entre eles. De fato, em um número expressivo de obras, o termo “neoliberal” tem sido vinculado ao liberalismo pós-primeira guerra, sob influência da chamada Revolução keynesiana, isto é das concepções de John Maynard Keynes no campo teórico e no das políticas governamentais, que corresponde ao anunciado fim do liberalismo primitivo do *laissez faire*, cedendo este terreno ao advento do Estado intervencionista e à perspectiva macroeconômica. Um exemplo deste tipo de consideração pode ser encontrado em Felix E. Oppenheim (In: BOBBIO, 1992, p. 711), de quem se extrai a seguinte observação:

*Os neoliberais observam que o direito de adquirir as coisas indispensáveis para viver pouco valor tem para os que não possuem a possibilidade de adquiri-las; que o Estado deveria tornar estas coisas acessíveis a todos; que a necessidade implicaria por parte do Estado uma atuação limitadora da Liberdade individual, mediante a definição de normas relativas à saúde pública, à instrução e ao bem-estar.*

Em Arthur UTZ (1981) colhe-se outro exemplo bastante elucidativo, extraído este da aproximação entre “neoliberalismo” e a defesa da chamada “economia de mercado social”<sup>5</sup>, assim definida nas Diretrizes de Duesseldorf (*op. cit.*, introdução):

<sup>4</sup> Neste sentido é que José Guilherme MERQUIOR (1983, p. 95) teve oportunidade de se referir ao neoliberalismo como “reprise do paleoliberalismo”, de Constant a Spencer.

<sup>5</sup> Interessante notar que “social” é uma das palavras que F. A. HAYEK (1981, p. 15-16) considera uma *weasel word*, i.e., uma palavra que se presta a subtrair o significado de uma outra palavra, tornando-o, por assim dizer, oca: “*Social* é, neste sentido, um *weasel word*, e, quando ligada a algum outro termo tradicional, a palavra perde seu significado [...] Nós temos uma economia de mercado, mas quando você a classifica de uma economia social de mercado, já não significa mais nada. Você tem a justiça,

*A organização social da economia competitiva em que a produção de homens livres e capazes é enquadrada numa ordem que traz uma medida máxima de utilidade e justiça social para todos. Esta ordem é gerada pela liberdade e o compromisso que se expressa na economia de mercado social através de uma autêntica competição e controle independente de monopólio.*

Nos debates políticos atuais o que, em termos gerais, se verifica, contudo, é a oposição entre “neoliberalismo” e intervencionismo, notadamente quando este pretenda ir além de garantir a preservação da estrutura necessária ao livre mercado. Neste sentido, a idéia de um “mercado social” seria, assim, apenas uma das tantas variantes do intervencionismo não recomendável, já que pressupõe um grau ampliado de planejamento e centralização, com vistas a alcançar “maior justiça social para todos”.

Na seara do direito, Gérard FARJAT (1971, p. 129) refere-se ao “neoliberalismo” como sendo intervencionismo que pretende corrigir o mercado e o mecanismo de liberdade contratual, eliminando certas práticas indesejadas do “dirigismo privado”. Farjat assinala percucientemente que esta ordem pública “neo-liberal” mantém-se próxima do liberalismo clássico.

Alvaro Alfredo NICZ (1981, p. 16-17), chegando ao mesmo entendimento de Gérard Farjat, vincula o termo “neoliberal” à ideologia que admite, e até reclama, o intervencionismo estatal, desde que com vistas a proteger o mercado e a livre concorrência de inimigos como os trustes, cartéis e monopólios. No mesmo sentido, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1989, p. 304-305), que chega a se reportar à proteção das “leis naturais” que regem a economia.

Já Ricardo Lobo TORRES (1993, p. 155) utiliza-se do termo liberalismo social para referir-se a políticas que, nos debates políticos atuais, costumam ser tratadas como vinculadas à doutrina “neoliberal”. Confira-se, a propósito, o seguinte excerto:

*A partir da década de 30 predominou a ideologia keynesiana, que admitia os orçamentos deficitários e o excesso da despesa pública, ao fito de garantir o pleno emprego e a estabilidade econômica.*

*Esta política foi ultrapassada na década de 80 pelo discurso do liberalismo social, que sinalizou no sentido da contenção dos gastos públicos e dos privilégios e do aumento das receitas, para o equilíbrio financeiro do Estado.*

---

*mas quando você diz **justiça social**, ela não quer dizer mais nada. Você tem o Estado de Direito - o que os alemães chama de **rechtstadt** - mas, quando você junta o termo **social** ao **rechstadt**, novamente ela não quer dizer nada.”*

Nada obstante o uso de terminologia distinta, é da reação aos efeitos do crescente intervencionismo que o excerto trata. De fato, parece ser em meio às fissuras do chamado Estado de Providência e das políticas macroeconômicas de inspiração keynesiana que ganha projeção a retomada do “neoliberalismo”, que se pretende considerar neste trabalho como um movimento doutrinário<sup>6</sup> inspirado no liberalismo clássico não utilitarista. Esta doutrina de contornos às vezes imprecisos, que começa a ser gestada no período entre-guerras, é que vai, a partir da década de 1980, influenciar ações políticas, envolvendo governos de diversas tendências, além de organismos internacionais. Na referência atual ao tema, parece ser na recusa ao crescente e desmedido intervencionismo, estimulado pela concepção do Estado Social, que se tem colocado o acento distintivo para a identificação do “neoliberalismo”.

Considerado o acima exposto, deve ser vista com algum cuidado a observação de NICZ (*op. cit.*, p. 16) de que o “neoliberalismo”, ao lado do socialismo e do cristianismo, tenha concorrido para transformar o Estado Liberal em Estado Social<sup>7</sup>. Com efeito, parece ser no exagero do intervencionismo sob a égide do Estado Social, que se vislumbra o terreno fértil para o que se tem comumente reconhecido como crítica “neoliberal”, que começa a ser formulada nos anos 1940.

Sem embargos, uma abordagem que também faz uso da palavra “neoliberalismo” para designar uma concepção um pouco mais próxima da perspectiva do Estado Social de Direito, pode ser encontrada em Oscar Dias CORREA (1980, p. 19)<sup>8</sup>, *verbis*:

*6. Há que se compreender que o Estado democrático de direito, nascido do estado liberal de direito, sofreu, sob o influxo das modificações do liberalismo, as mesmas influências que transformaram o sistema econômico liberal e o levaram a, aceitando a realidade moderna da intervenção do Estado na ordem econômica, fazer-se neo-liberalismo, ou neo-capitalismo.*

<sup>6</sup> Faz-se uso da palavra doutrina no sentido referido por Paul HUGON (1980, p. 21), como “um projeto de organização da sociedade, tal como seu autor a julga melhor [...] Numa doutrina, encontram-se idéias morais, posições filosóficas e políticas e atitudes psicológicas, bem como, ainda, subjacente interesses individuais, interesses de classes ou nações”.

<sup>7</sup> A perspectiva assemelha-se à de Pablo Lucas Verdú (*apud* HORTA, 1995, p. 294), que se reporta às “correntes neoliberais” que, ao lado da democracia cristã, concorreram para o advento do Estado Social de Direito.

<sup>8</sup> Em outra obra, no entanto, CORREA (1991, p. 200) chega a considerar que, desde o primeiro anteprojeto da nova Constituição brasileira, “foi-se esboçando uma proposta mais ou menos na linha neoliberal”, linha que, pelo que se depreende, opõe ao intervencionismo e ao estatismo.

*Terá surgido, com isso, o que se poderia chamar o estado neo-liberal de direito, que respeitando os postulados liberais do estado liberal de direito, acrescentou-lhes a preocupação com o social, que o neo-liberalismo lhe imprimiu, admitindo a extensão da participação do Estado na vida econômica, objetivando sanar as deficiências e os abusos que o liberalismo individualismo propiciara; o que se consubstancia não só na intervenção estatal, como na preocupação do social, que passou a servir-lhe de “substractum”, em todos os conceitos, a começar pela propriedade.*

Ante tais e tamanhas controvérsias, deve-se assinalar, desde logo, que, para a presente exposição, considera-se imprescindível distinguir entre “neoliberalismo” e liberalismo social, recusando-se o uso indistinto das expressões, que prestar-se-ia apenas a alimentar maiores confusões. Em verdade, se não o desaconselhasse a clareza da exposição, poder-se-ia considerar que se tratam de duas espécies de um mesmo gênero, que poderia ser referido como “correntes neoliberais”.

A propósito da diferença acima referida, em Ubiratan Borges de MACEDO (1995, p. 39) encontra-se alguns critérios que podem auxiliar na distinção entre “neoliberais” (liberais clássicos e libertários ou anarco-capitalistas) e liberais sociais. Estes critérios se organizam em torno de quatro temas fundamentais, a saber: liberdade econômica e política; conceito negativo e positivo de liberdade; mercado e intervencionismo; e progresso. Em síntese, o “neoliberalismo” enquanto espécie encontrar-se-ia vinculado a uma perspectiva liberista<sup>9</sup>, que prestigia o conceito negativo de liberdade e os mecanismo de mercado<sup>10</sup>, considerando a idéia de progresso constante. A seu turno, os liberais sociais considerariam prioritárias as liberdades políticas, admitindo o conceito positivo de liberdade e a intervenção estatal para sanar deficiências do mercado, notadamente quanto à produção de bens públicos e à distribuição de renda. Por fim, não seriam os liberais sociais tão otimistas com relação ao futuro, que pode implicar tanto em progresso quanto regresso.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> De liberismo, isto é, a idéia de que a liberdade econômica é condição necessária para a afirmação das outras liberdades (civil e política). O termo remete ao pensamento de Benedetto Croce e ao debate deste com Luigi Einaudi (Cf. MERQUIOR, 1991 a, p. 7-10)).

<sup>10</sup> Admite-se, contudo, a intervenção estatal para corrigir eventuais falhas do sistema, “que devem ser provadas antes da intervenção e não pressupostas” (op. loc. cit.).

<sup>11</sup> As distinções sugeridas por Macedo tendem a suscitar sérias críticas especialmente no que se refere à questão do intervencionismo versus mercado. É certo que a distinção, especialmente sob os aspectos da produção de bens públicos e distribuição de rendas, foi demasiadamente simplificada, certamente a fim de possibilitar a esquematização proposta. Ainda assim a proposta será levada em conta, visto servir de

## 1.2. Neoliberais: quem são?

José Guilherme MERQUIOR (1991a, p. 6), em ciclo de palestras realizado pelos Institutos Liberais do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul em 1986, teve oportunidade de iniciar a abordagem do tema *Algumas reflexões sobre os liberalismos contemporâneos* anotando que são referidos como neoliberais nomes como John Rawls, Robert Nozick<sup>12</sup> e Guy Sorman, além de, certamente, Friedrich A. Hayek.

A crítica de Álvaro de VITA (1993), no entanto, colocada em termos de argumentos liberais ao “neoliberalismo”, pressupõe a exclusão de John Rawls do rol de simpatizantes e colaboradores da “doutrina neoliberal”. Esta exclusão é que permite ao autor opor o pensamento liberal de Rawls<sup>13</sup>, juntamente com o de Ronald Dworkin, ao de Robert Nozick, este sim reconhecido como o inimigo “neoliberal”. Tal esquema analítico faz lembrar breve explanação de Paulo J. KRISCHKE (1993, p. 143-154), segundo a qual o neocontratualismo, corrente na qual situa John Rawls<sup>14</sup>, enfatiza questões como justiça e igualdade, podendo mesmo implicar em aperfeiçoamento do *Welfare State*. A assertiva afasta *a fortiori* o pensamento de Robert Nozick, que, em *Anarquia, Estado e Utopia* (1994), apresenta-se como defensor da moralidade que recomenda o Estado Mínimo - nada aquém, nem além -, sendo que, de fato, sob a interpretação de Krischke, Robert Nozick é um nome que se liga ao neoliberalismo.

Já em *O liberalismo - antigo e moderno* (1991, p. 189 *et seq*), MERQUIOR optou por situar Ludwig von Mises, Friedrich A. Hayek, Milton Friedmann, James Buchanan e Guy Sorman entre os “neoliberais”, identificando neoliberalismo com neoliberalismo, o que vai ao encontro de uma das observações de Ubiratan Borges de Macedo (item 3 *supra*). No livro, os filósofos políticos da Universidade de Harvard, John Rawls e Robert Nozick,

---

parâmetro para o reconhecimento de temas relevantes para se reconhecer a doutrina “neoliberal” em alguns de seus contornos mais gerais.

<sup>12</sup> Pierre ROSANVALLON (1981, p. 78) também se refere a Rawls e Nozick como “néo-liberais”, ao lado de James Buchanan.

<sup>13</sup> Não há dúvida que a teoria de justiça de John Rawls permite vislumbrar um amplo espaço para a intervenção do Estado na economia, designadamente no que se refere à redistribuição de renda.

<sup>14</sup> Vita, contudo, considera que o dispositivo contratualista (“posição original” de Rawls) ocupa um papel bastante limitado na teoria de justiça do autor.

juntamente com o jurista e político italiano Norberto Bobbio, são abordados sob o título neocontratualistas.

De sua parte, o economista Eduardo Gianneti da FONSECA(1995, p. 144)<sup>15</sup>, pretendendo afastar as confusões e esclarecer finalmente de que se trata o neoliberalismo, ofereceu um valioso diagnóstico:

*O neoliberalismo é “neo” não apenas porque é um fenômeno do pós-guerra, mas também porque se diferencia de outras correntes e momentos do pensamento liberal, como a fisiocracia francesa, o iluminismo escocês, o utilitarismo da economia clássica inglesa e o evolucionismo.*

*O próprio neoliberalismo compreende uma enorme variedade de correntes e posições. Sua ascensão mundial, a partir dos anos 80, está associada a um movimento intelectual para o qual convergiram pelo menos três escolas de pensamento: 1) a austríaca ou subjetivista (Popper, Hayek e Kirzner); 2) a monetarista de Chicago (Friedman, Stigler e Becker); e 3) a escolha pública de Virginia (Downs, Buchanan e Tullock).*

Fonseca procura separar os neoliberais dos defensores do Estado mínimo, que comumente são com aqueles confundidos. A estes últimos denomina “*anarco-capitalistas*” ou “*libertários*”<sup>16</sup>, situando entre eles o filósofo Robert Nozick<sup>17</sup>, além de Murray Rothbard<sup>18</sup> e David Friedmann, que considera herdeiros da tradição anti-estatal de Karl Marx e Herbert Spencer.

Guardadas as diferenças metodológicas entre as escolas, a preocupação central dos autores tidos por neoliberais, segundo ainda FONSECA, seria com o intervencionismo do Estado, que fragiliza a liberdade econômica e interfere no funcionamento eficaz do sistema de mercado. “*Todas elas se ergueram contra o alargamento das fronteiras econômicas do Estado, o paternalismo e o cerceamento da liberdade individual. Todas defenderam o mercado regido pelo sistema de preços contra o planejamento central, a economia mista e o ativismo macroeconômico*” (op. cit, p. 144-145).

<sup>15</sup> O texto foi publicado originalmente no jornal Folha de São Paulo, edição de 24.07.94. Ver também, do mesmo autor, *Liberalismo x pobreza: a liberdade vencendo a miséria* (1989, p. 13).

<sup>16</sup> Note-se que no esquema de MACEDO (*infra*), estes aparecem como subdivisão, é dizer como espécie de “neoliberais” e não como um gênero à parte.

<sup>17</sup> Pelo que se nota, a frieza intelectual que se colhe do livro de Robert Nozick, com sua teoria de justiça na propriedade e sua crítica à teoria de justiça de John Rawls, seu colega de Harvard, tem sido um fardo que muita diferença faz carregar. Necessário destacar, no entanto, que Nozick opõe-se aos anarquistas, admitindo o Estado como uma associação que surge de um processo natural, embora o conceba como muitíssimo limitado em suas funções.

A análise do também economista Francisco VERGARA (1992), contudo, considera Friedrich Hayek, Milton Friedmann, e também Ludwig von Mises, Jacques Rueff e Fritz Machlup, como herdeiros de Frédéric Bastiat e de Herbert Spencer<sup>19</sup>, que aparecem referidos como ultraliberais. A perspectiva, aliás, é semelhante a que se verifica em E. K. HUNT (1989, p. 486), que identifica os economistas neoclássicos da Escola Austríaca e de Chicago como “a versão contemporânea de Senior e Bastiat”, que incorpora a defesa do extremo *laissez-faire*.

Francisco Vergara parte da distinção entre duas escolas do liberalismo, designadamente a escola do direito natural e o utilitarismo, evidenciando a distância entre estas, que não se opõem necessariamente ao intervencionismo<sup>20</sup>, e o “neoliberalismo”, ou, nos termos do autor, ultraliberalismo. Para VERGARA (*op. cit.*, p. 99), “O traço aparente e imediatamente visível que caracteriza os ultraliberais e os diferencia dos liberais clássicos [utilitaristas e partidários do direito natural] consiste, evidentemente, na hostilidade sistemática que os primeiros manifestam a respeito de qualquer intervenção do Estado para resolver um problema econômico ou social”. Outra característica distintiva é “que eles [os ultraliberais] operam simultaneamente com vários critérios éticos superiores”. Assim, ultraliberalismo é também para o autor o mesmo que ecletismo oportunista, uma doutrina que não se apóia em um critério ético único, fundamentando-se ora no direitos naturais, ora no princípio da máxima utilidade, ora pura e simplesmente no “critério da máxima liberdade”.

---

<sup>18</sup> José Guilherme MERQUIOR (1991, p. 196), no entanto, prefere situar Rothbard entre os neoliberais ou neoliberalistas.

<sup>19</sup> Posição semelhante é a que leva o neomarxista Robert KURZ (1996) ao estabelecer uma ponte entre neoliberalismo e darwinismo social.

<sup>20</sup> Esta talvez seja uma das razões pelas quais Eduardo Gianetti da FONSECA (1989, p. 13), sem negar que o neoliberalismo tenha algo a oferecer as nações em desenvolvimento, dê preferência ao liberalismo clássico de extração utilitarista para enfrentar questões próprias de um país como o Brasil.



### 1.3. Sobre a perspectiva adotada

Chama-se a atenção para estes pequenos desencontros, implicados aliás com toda e qualquer classificação, para se ressaltar que uma questão que se impõe antes de qualquer discussão acerca de neoliberalismo é definir-se o que se entende pela palavra, o que para um trabalho de natureza científica é, certamente, imprescindível<sup>21</sup>.

Para a presente exposição, reconhece-se, inicialmente, a identificação possível, embora aproximativa, já que fica a depender de uma específica proposição analítica, entre os termos “neoliberalismo”, neoliberalismo, ultraliberalismo e economia neoclássica. Isto considerado, parece que o Prof. Giannetti da Fonseca oferece uma caracterização que, deixada de lado sua tentativa de separar “neoliberais” e defensores do Estado mínimo<sup>22</sup>, pode levar a algum consenso na identificação dos partidários do “neoliberalismo”, já que aponta para a “intervenção na ordem econômica” como palavra chave para a compreensão do movimento.

É de se reconhecer, por outro lado, a imprestabilidade da categoria “neocontratualistas”<sup>23</sup> para as finalidades do presente estudo, tendo em vista sua fluidez e pouca serventia analítica, já que não leva em consideração que de uma forma mais ou menos acentuada o contratualismo<sup>24</sup> está presente na sintaxe do liberalismo e, destarte, na totalidade dos escritos que possam ser reconhecidos como liberais, e até mesmo em textos não liberais, quando menos implicitamente. Com efeito, entre os neocontratualistas poder-

<sup>21</sup> Pondera-se, de início, que toda classificação, especialmente em se tratando de ciências sociais, tende a ser algo arbitrária. Não se pode, no entanto, deixar de reconhecer a utilidade do procedimento para qualquer análise, notadamente se os critérios utilizados são explicitados, o que embora não elimine algum grau de arbitrariedade, ao menos facilita o reconhecimento crítico de possíveis deficiências emergentes da proposição. Razão assiste a Eros Roberto GRAU (1983, p. 42) ao considerar que “as classificações não são verdadeiras nem falsas, mas, simplesmente, úteis ou inúteis”.

<sup>22</sup> A propósito do “introuvable État minimal”, Pierre ROSANVALLON (1981, p. 63 *et seq.*), que destaca a incapacidade dos teóricos do liberalismo clássico de pensar claramente os limites à intervenção estatal.

<sup>23</sup> Ao se empregar o termo, tem-se em mente o sentido muito amplo do *contratualismo* aludido por Nicola Matteucci (In: BOBBIO, 1992, p. 272): “teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político [...] num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político”.

<sup>24</sup> Com relação ao contratualismo e direito ver Miguel REALE (1996, p. 646). Segundo o autor, “O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna”.

se incluir liberais das mais diferentes tendências, de Norberto Bobbio e John Rawls ao polêmico Robert Nozick<sup>25</sup>, perspectiva pouco conveniente especialmente se se considerar o neoliberalismo como um movimento reformista de direita.

O que, de fato, parece ser possível reconhecer de comum nas idéias defendidas por intelectuais que possam ser referidos como “neoliberais”, no contexto do debate contemporâneo, é a crítica ao exacerbado intervencionismo estatal, característica do Estado de Providência, seja porque implica em perda para a liberdade individual e para a livre concorrência, seja porque acarreta alocação ineficiente de recursos e privilégios injustificáveis.

Não há dúvida que o inimigo comum, materializa-se, em se tratando de políticas econômicas “neoliberais”, no crescimento exagerado do tamanho e das funções do Estado e seus efeitos indesejáveis (déficit público, inflação, debilitamento do sistema de acumulação capitalista, restrições à liberdade econômica, tendência a regimes coletivistas e totalitários etc). Assim, como já ressaltado, o movimento “neoliberal”, em sua face econômica, é identificado como uma reação à escola keynesiana<sup>26</sup>, daí falar-se em antikeynesianismo, matriz teórica das políticas macroeconômicas intervencionistas dos países de capitalismo avançado, o que na prática implica em, quando menos, se repensar o Estado de Providência. De outra parte, o economicismo e a retórica liberista está presente no bojo da doutrina “neoliberal”, notadamente porque os nomes mais destacados do “neoliberalismo” militante são, ou foram, economistas neoclássicos consagrados (Friedrich A. Hayek, Milton Friedmann e James Buchanan<sup>27</sup> entre outros).

<sup>25</sup> Nada obstante, a posição de Paulo J. Krischke(*op. cit.*), que propõe distinguir entre neocontratualistas e neoliberais, que parecer que, mesmo restringindo-se o alcance do termo contratualismo, fica difícil vislumbrar diferenças relevantes.

<sup>26</sup> Paulo SANDRONI (1996, p. 222) identifica keynesianismo como a “*Modalidade de intervenção do Estado na vida econômica com a qual não se atinge totalmente a autonomia da empresa privada, e que prega a adoção, no todo ou em parte, das políticas sugeridas na principal obra de Keynes, A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. Tais políticas propunham-se a solucionar o problema do desemprego pela intervenção estatal, desencorajando o entesouramento em proveito das despsas produtivas, por meio da redução da taxa de juros e do incremento dos investimento públicos*”.

<sup>27</sup> Os três foram laureados com o Prêmio Nobel de Economia nos anos de 1974, 1977 e 1986, respectivamente, e lecionaram na Universidade de Chicago.

Esta retórica “liberista” consiste em se advertir que a intervenção estatal, que, evidentemente, diminui a liberdade econômica dos indivíduos, despreza o fato de que esta é condição necessária e fundamental para a existência e atuação das demais liberdades.

Quanto às demais afinidades que se possa descobrir entre os neoliberais, a história das idéias fornece algumas referências e um marco razoável.

#### **1.4. Perspectiva histórica**

O historiador neomarxista Perry ANDERSON (1995) teve oportunidade de traçar um breve esboço histórico do “neoliberalismo” desde os seus primeiros momentos. Segundo ANDERSON, a obra *O caminho da servidão* (1990), de Friedrich August von HAYEK (1899-1992), que foi publicado pela primeira vez na Inglaterra em 1944<sup>28</sup>, pode ser apontado como o texto de origem da doutrina neoliberal<sup>29</sup>.

Dedicado “aos socialistas de todos os partidos”, o livro de Hayek, cuja tese central foi esboçada já em 1938, chama a atenção, em síntese, para os riscos inerentes ao crescimento das tendências socialistas. Seu argumento mais contundente consistiu em aproximar o nacional-socialismo e o fascismo, regimes totalitários por excelência, de toda e qualquer espécie de socialismo, afirmando que aqueles regimes nada mais eram que os resultados destas tendências, identificadas à época pelo autor em um grande número de intelectuais ingleses. Nas palavras do próprio HAYEK (*op. cit.*, prefácio à edição americana de 1975) o livro, que foi publicado à vésperas da eleição geral de 1945, *op. cit.*), “*tomou gradualmente o aspecto de uma advertência a intelligentsia socialista inglesa*”.

Na crítica às visões socialistas, mesmo as bem intencionadas, a questão do planejamento ocupa um espaço central. Para F. A. Hayek o planejamento é ineficiente, implica em fortes e crescentes restrições à liberdade individual e é contra o Estado de Direito, pois implica em “*discriminação intencional*” (*op. cit.*, p. 90). Segundo Eamonn

<sup>28</sup> O livro foi resenhado para o *The observer* por George Orwell, nome artístico de Eric Blair (1903-1950), famoso escritor inglês, e teria inspirado seu livro *1984* (Cf. Butler, *op. cit.*, p. 164, nota 5; Hayek, *op. cit.*, p. 21, nota 5).

<sup>29</sup> Para Paul Hugon (1980, p. 151, nota 56), os fundamentos científicos do neoliberalismo encontram-se no livro *L'Ordre Social* (1945), de Jacques Rueff.

BUTLER (1987, p. 88), “*um dos mais importantes temas de O caminho da servidão é que mesmo um modesto planejamento econômico tem o efeito lento mas inexorável de corroer os valores e atitudes vitais para que a liberdade exista*”. É importante assinalar desde já, no entanto, que, para Hayek, o planejamento indesejado é aquele contrário à concorrência, não aquele “*imprescindível para tornar a concorrência tão eficaz e benéfica como possível*” (*op. cit.*, p. 62)<sup>30</sup>. De outra parte, que não é assumida uma posição de princípios contra todo e qualquer tipo de intervenção, mesmo porque o autor tem em conta que “*todo Estado tem que agir, e toda ação do Estado implica intervir nisto ou naquilo*” (*op. cit.*, p. 92).

Considerado o maior profeta do neoliberalismo (Cf. MERQUIOR, 1983, p. 94), F. A. Hayek teve por professor o economista Ludwig Edler von Mises (1881-1973)<sup>31</sup>, referido por Eamonn BUTLER (*op. cit.*, p. 6) como o principal economista da escola austríaca, que tem em Carls Menger (1840-1921) e Eugene von Böhm-Bawerk (1851-1915), professores de Mises, seus fundadores.

Importante registrar que a escola austríaca insere-se no contexto da continuidade da escola de economistas neoclássicos (Cf. HUNT, *op. cit.*, p. 486 *et seq.*). Desde um prisma histórico, portanto, um certo recuo no tempo pode prestar-se a permitir a identificação dos germens da doutrina “neoliberal”. Dessa forma, poder-se-á reconhecer na crítica ao marxismo, Böhm-Bawerk principalmente, o prólogo da crítica às sociais democracias das chamadas sociedades de capitalismo avançado, que acentuar-se-ia, embora sem angariar um grande número de adeptos, no interstício entre as duas grandes guerras.

No mesmo ano em que veio a público *O caminho da servidão*, F. A. Hayek, no King’s College de Cambridge, lançou a idéia de um projeto mais amplo, uma espécie de internacional do capitalismo, que foi efetivamente constituída em 1947, na estação de Mont Pèlerin (Suiça), sob nome de *The Mont Pèlerin Society* (Cf. BUTLER, 1987, p. 8-9;

<sup>30</sup> Hayek usa indistintamente os termos planejamento e planificação porque as expressões tornaram-se quase sinônimas, embora reconheça que isto importe em deixar os adversários “*um excelente termo que mereceria melhor aplicação*”. A propósito, Oscar Dias CORRÊA (1980, p. 17; 1991, p. 222) distingue “política de planejamento” e “planificação”, levando em conta o aspecto centralizado e imperativo deste relativamente àquela, descentralizada e facultativa.

ANDERSON, *op. cit.*). À reunião compareceram importantes nomes que se pode ligar à doutrina “neoliberal” tais como Milton Friedmann, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi e Salvador de Madariaga.

A importância da constituição da Sociedade Mont Pèlerin vai além do mero registro histórico, pois permitiu reunir intelectuais liberais de diversos campos do conhecimento em torno de um objetivo comum, qual seja opor-se a todas as formas de socialismos. Perry ANDERSON (*op. cit.*) a ela se refere nos seguintes termos:

[...] *uma espécie de franco-maçonaria neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos. Seu propósito era combater o keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro. As condições para esse trabalho não eram de todo favoráveis, uma vez que o capitalismo avançado estava entrando numa longa fase de auge sem precedentes - sua idade de ouro -, apresentando o crescimento mais rápido da história, durante as décadas de 50 e 60.*

Ainda um fato que serve de indicativo da importância desta agremiação de intelectuais é que duas das palestras proferidas no seminário de 1958 foram aproveitadas em obras fundamentais do arcabouço “neoliberal”, a saber: *Capitalism and freedom*, em 1962, de Milton Friedmann; e *Fundamentos da liberdade*, em 1960, de Hayek. O livro *Liberdade e a lei*, de 1961, do italiano Bruno LEONI foi fruto da mesma ocasião (Cf. Arthur Kemp, prefácio a edição americana do livro).

Atualmente, a Sociedade Mont Pèlerin mantém-se em plena atividade, com aproximadamente 500 membros, tendo realizado em janeiro de 1996 sua Reunião em Cancun, com a presença de James M. Buchanan, entre outros nomes destacados da entidade.<sup>32</sup>

Embora, como se procurou demonstrar, as primeiras manifestações sejam anteriores à segunda guerra mundial, a aplicação prática das idéias “neoliberais” só começa a ser incorporada às políticas econômicas, com reflexos nos ordenamentos jurídicos, muito após seu surgimento, tendo lhe sido ambiente favorável a perda do vigor do modelo econômico keynesiano, notadamente a partir de 1973, com baixas taxas de

<sup>31</sup> Uma biografia sucinta de Ludwig Edler von Mises pode ser encontrada no livro *A mentalidade anticapitalista* (1987, p.108-113).

<sup>32</sup> Tais informações foram extraídas do informativo nº 3, ano 2 (novembro a março 1996) do Instituto Liberal do Rio Grande do Sul.

crescimento e altas taxas de inflação. Antes disso pode-se considerar com Eric HOBSEWAM (1995, p. 176-177) que os “neoliberais” pregaram no deserto.

Perry Anderson considera a experiência chilena, durante o governo do ditador Augusto Pinochet, como inaugural para a *práxis* neoliberal. Sob a condução de economistas que passaram pelos quadros da Universidade de Chicago, os chamados *Chicago boys*, o Chile passou por grandes transformações, que implicou em desregulamentação, privatizações e abertura da economia. Guy SORMANN (1989, p. 23) registra o fato como uma *“estranha experiência que pretende casar economia de mercado com o autoritarismo político e dá uma imagem bastante lastimável ao liberalismo no Terceiro Mundo”*. Para SORMANN (*op. cit.*, p. 27), nada obstante o avanço, o saldo não foi dos melhores:

[...] os *Chicago Boys* não conseguiram uma redistribuição melhor dos benefícios do desenvolvimento do que qualquer outro governo da América Latina.

....

[...] cometeram também um grave erro político, que foi o de acreditarem que um governo autoritário os deixaria livres para realizar sua experiência. Esta, na verdade, foi desvirtuada desde o início, porque o governo Pinochet só cedeu aos *Chicago Boys* as áreas em que seu poder não era diretamente questionado, como a liberdade de preços, a liberdade de trocas ou a gestão de aposentadorias. O setor público propriamente dito ficou intacto [...] No total, o peso econômico do Estado é tão grande sob Pinochet quanto era sob Allende e, em certos setores industriais, até cresceu, quando o governo veio em socorro de empresas privadas, desestruturadas pela crise e pelo liberalismo, assumindo seu controle.

Mas somente a partir da década de 1980 disseminou-se efetivamente como *práxis* política as idéias neoliberais como saída para as crises do capitalismo do *Welfare State*. Tem-se então, dentre outras que se poderia reconhecer como inseridas no mesmo contexto, a experiência inglesa, sob o condão de Margaret Thatcher, a partir de 1979, a americana, com Ronald Reagan, e a alemã, com Helmut Kohl, a partir de 1980 e 1982, respectivamente. Pretendeu-se, assim, criar condições para um novo ciclo de acumulação capitalista, com estabilidade monetária e disciplina orçamentária.

Para a América Latina como um todo o receituário veio sendo gradualmente aplicado, de forma tipicamente heteronoma<sup>33</sup>, inicialmente por imposições de organismos financeiros internacionais, designadamente o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Mundial<sup>34</sup>. Uma excelente referência para o entendimento das linhas mestras do que se identifica com a receita neoliberal, enquanto *práxis* política e um corpo de idéias que se pretende coerente, designadamente no que pertine à América Latina e demais países subdesenvolvidos, é o chamado “Consenso de Washington”, de 1989, que consiste exatamente nas conclusões de funcionários do governo norte-americano e dos referidos bancos internacionais acerca das reformas em andamento e a serem empreendidas por estes países, com vistas à inserção destes na *ordem econômica mundial*.

Segundo Paulo Nogueira BATISTA (1994, p. 26), o “Consenso de Washington” abrangeu dez áreas, a saber: 1. disciplina fiscal; 2. priorização de gastos públicos; 3. reforma tributária; liberalização financeira; 5. regime cambial; 6. liberalização comercial; 7. investimento direto estrangeiro; 8. privatização; 9. desregulação; e 10. propriedade intelectual. Batista oferece-nos uma importante crítica acerca das diretrizes de Washington, sendo importante registrar a seguinte conclusão:

*As propostas do Consenso de Washington nas 10 áreas a que se dedicou convergem para dois objetivos básicos: por um lado, a drástica redução do Estado e a corrosão do conceito de Nação; por outro, o máximo de abertura à importação de bens e serviços e à entrada de capitais de risco. Tudo em nome de um grande princípio: o da soberania absoluta do mercado auto-regulável nas relações econômicas tanto internas quanto externas.*

Sem embargos, importante registrar que, conforme amplamente noticiado pela imprensa<sup>35</sup>, o “Consenso de Washington” recentemente submeteu-se a adaptações, pelo

<sup>33</sup> A idéia de heteronomia fica clara quando se lembra que um dos *slogans* principais da esquerda brasileira na década de 1980 era “Fora FMI”, referindo-se à notória ingerência dos representantes da banca internacional em assuntos “internos” do governo brasileiro.

<sup>34</sup> A propósito destes e de outros organismos e sua forma de atuação, a obra de Celso D. de Albuquerque Mello *Direito Internacional Econômico* (1993).

<sup>35</sup> Indica-se os artigos de Gilson SCHWARTZ (*Receita neoliberal já contempla o social. Folha de São Paulo*, Dinheiro, 05 setembro 1996, p. 13) e de Carlos Eduardo Lins e Silva (*Williamson condena “desordem fiscal”*. *Folha de São Paulo*, Brasil, 08 setembro 1996, p. 14.)

que se pretende anunciar que já “contempla o social”, vez que passaram a ser os seguintes os “10 princípios” do consenso<sup>36</sup>:

*1 - Não consumirás: poupar é preciso, se se quiser diminuir a dependência de recursos externos. 2 - Não gastarás demais: governos precisam ser controlados e seus gastos dirigidos para setores sociais. 3 - Não tributarás demais: a reforma tributária na agenda, impostos mais simples e em menor número. 4 - Controlarás os bancos; agora é preciso aumentar a supervisão sobre os sistemas bancários. 5- Não congelarás o câmbio: a âncora cambial é boa para derrotar a hiperinflação, mas complica a retomada do crescimento. 6- Não protegerás a economia: a abertura comercial era e é fundamental para estabilizar e modernizar as economias. 7 - Competirás com o próximo: as políticas econômicas devem gerar competitividade, a modernização produtiva e a inserção na economia global. 8 - Respeitarás o saber alheio: direitos de propriedade intelectual são hoje um tema novo e polêmico; quem garanti-los atrairá investimentos externos. 9 - Construirás instituições respeitáveis: o mercado falha quando as instituições não são confiáveis. 10. Educarás o povo: é a base de todo o resto, pois não há eficiência se as pessoas carecerem de capacitação educacional.*

É certo que a implementação deste receituário “neoliberal”, que tem sido levado a efeito, com mais ou menos ênfase em alguns pontos, indistintamente por governos de todas as tendências<sup>37</sup>, somente se realiza por modificações no ordenamento jurídico, a começar em muitos casos por alterações na Carta Constitucional. Aplicável ao caso concreto, portanto, a conclusão de M. Allais (*apud* JACQUEMIN e SHCRANS, s/d., p. 16) no sentido de que “*a verdadeira reforma econômica é a reforma do quadro jurídico da nossa economia*”. Não há dúvida que as alterações tendem a alcançar todos os ramos do direito, particularmente a perspectiva do direito econômico, financeiro, tributário, previdenciário e trabalhista, a começar por algumas diretrizes fixadas nos próprios textos constitucionais.

### **1.5. O momento da reflexão “neoliberal”**

Utilizou-se do termo “neoliberal” ou “neoliberalismo” até o presente momento da exposição, procurando não prescindir do emprego de aspas, tendo em mente chamar a atenção para a ausência de univocidade que ronda o tema.

<sup>36</sup> Trata-se de síntese publicada pela jornal **Folha de São Paulo**, constante dos artigos jornalísticos indicados.

<sup>37</sup> O que faz crer que não se trata de meros palpites absurdos. Recordamos, a propósito, consideração do insuspeito Paul SINGER (*A nostalgia das revoluções perdidas. Folha de São Paulo*. 14 abril 1996), no



Interessante notar que no *Dicionário de política*, de Norberto BOBBIO (1992), não é reservado espaço ao verbete “neoliberalismo”<sup>38</sup>. Ao cuidar do liberalismo, no entanto, Nicola Mateucci (In: BOBBIO, *op. cit.*, p. 703) tem a oportunidade de registrar as inquietações mais recentes da literatura liberal, que tem imposto a reflexão acerca da compatibilidade entre o Estado Social e o Estado Liberal. O autor, embora sem fazer uso do termo “neoliberalismo”, registra importantes aspectos dessa reflexão “neoliberal”, assinalando, dentre outras passagens importantes, que ...

*A luta contra a pobreza, conduzida através da maximização da eficiência do sistema econômico, levou ao desaparecimento tendencial do mercado, como espaço aberto e livre, em nome de uma economia administrada de maneira centralizada mediante a planificação. Com efeito, a distinção entre Estado (política) e sociedade civil (economia) foi desaparecendo progressivamente, na medida em que o primeiro intervém cada vez mais na segunda mediante suas programações e a gestão direta das grandes empresas (o Estado-capitalista ou industrial), enquanto na segunda foram se firmando grandes concentrações monopólicas, que precisam do apoio e sustentação do governo. (op. cit., p. 703)*

....

*O Estado assistencial leva irremediavelmente a uma sociedade inteiramente administrada, onde não haveria mais lugar para o Liberalismo. Tal fato determinaria o fim do Estado liberal e o começo do Estado autoritário. (op. cit., p. 704)*

Em Paulo BONAVIDES (1993, p. 20) encontra-se, ainda, uma versão do que se poderia denominar “momento neoliberal”:

*Dissolvido o socialismo do partido único e da ditadura, decretou-se, por igual, o fim da economia dirigida assim como o termo das ideologias que lhes serviam de sustentação. Nunca se louvou tanto a economia de mercado do capitalismo quanto agora, apregoando-se virtudes que lhe seriam insitas. Os restauradores assumem ares de promotores vitoriosos de um acelerado retorno ao Estado liberal. Tudo, porém, à sombra de um neoliberalismo que, até certo ponto, desfalca e contradiz a essência do Estado social.*

Pierre ROSANVALLON (1981), por outro lado, faz por ressaltar a ligação entre o renascimento das idéias liberais e a crise do keynesianismo, que pode ser apontada como

---

sentido de que “a força do neoliberalismo vem da veracidade de algumas de suas denúncias, embora isso não orne suas propostas de ‘reformas’ as melhores”.

<sup>38</sup> Cabe registrar que a única referência que se encontrou nos livros consultados de F. A. Hayek, autor que será abordado no capítulo III, ao termo “neoliberal” relaciona-se com a posição destes em face da questão dos monopólios e é de conteúdo pejorativo (HAYEK, 1985, V. III, p. 88).

um dos principais instrumentos de análise da crise do Estado de Providência. Conforme assinala ROSANVALLON (*op. cit.*, p. 59), ...

*Retour du libéralisme et crise du keynésianisme sont les deux face complémentaires d'un même mouvement. Les politiques de "dérégulation" sont dans de nombreux pays à l'ordre du jour. La libération des prix, la réduction de l'intervention publique, l'allègement des réglementations constituent les principaux fondements des tentatives visant à définir une alternative au modèle keynésien classique.*

*A ce niveau, le libéralisme doit être compris dans son sens le plus global de doctrine fondée sur la dénonciation d'un rôle trop actif de l'État et sur la valorisation des vertus régulatrices du marché. Il tire sa force de sa **dimension critique**. Le retour du libéralisme doit être en ce sens principalement compris comme une critique de la critique de l'économie de marché.*

A supremacia da economia de mercado, que resta para alguns definitivamente comprovada em face da malograda experiência das diversas formas de dirigismo, tem sido, efetivamente, um aspecto destacado da argumentação “neoliberal”, bem como um dos principais ponto de discórdia. Uma abordagem moderada permite admitir que o embate tende a favorecer a que se apresente com mais clareza para as várias correntes os limites e as possibilidades do mecanismo de mercado, fugindo-se ao discurso maniqueísta. A questão de toda forma permanece ampla e transcendente aos limites da discussão meramente econômica; trava-se em diversas frentes, alimentando-se das inúmeras crises contemporâneas, não só da economia enquanto ciência, mas do direito e do Estado.

À parte as diversas crises, em relações às quais o “novo liberalismo” apresenta-se como um entre tantos caminhos, um aspecto interessante a observar é que os rótulos tradicionais que divisam as posições ideológicas, a exemplo de esquerda e direita, de liberal ou socialista, passam a fazer muito pouco sentido quando se pretende divisar claramente as posições em conflito. Torna-se necessário fazer uso de expressões que melhor expressem as diferenças ideológicas em suas sutilidades. A nova terminologia do dicionário político vem a preencher, assim, a necessidade de se identificar a que tipo de direita ou de esquerda, de liberal ou marxista estamos a nos referir.

Pelo que se pode sentir, longe de ser o termo neoliberal reivindicado por alguém especificamente, tem este sido utilizado por várias correntes e especialmente pelos socialistas e partidários do Estado Social. Utilizam-se estes do termo com frequência para chamar a atenção para um conjunto de idéias que estariam a serviço do revigorecimento da

doutrina liberal em seus fundamentos tradicionais, em grande parte anteriores ao seu amalgamento com o ideal democrático. Sob este aspecto, pode-se considerar que a “reflexão neoliberal” contempla a questão da compatibilidade existente entre um sistema de governo em que a vontade popular, supostamente expressa pelos mecanismos de representação política, é ilimitada e os princípios fundamentais do liberalismo, que implicam em contenção dos poderes do Estado em qualquer hipótese.

É lícito supor que o que aqui se identifica com o termo “neoliberal” representa uma reaproximação dos princípios do liberalismo clássico, que teriam sido desconsiderados por alguns pensadores que, nada obstante comumente identificados como liberais, teriam se despreocupado relativamente aos princípios a partir dos quais se eleva o liberalismo. Como pano de fundo, para este “descaminho” não raro intencional, tem-se não apenas os desdobramentos indesejados do liberalismo econômico e a penetração de muitas das críticas socialistas, como também e especialmente os novos horizontes abertos pelo racionalismo iluminista.

Considerada a evolução do liberalismo em direção a ideais socialistas, parece adequado, mesmo para um liberal de raiz, que se faça uso de alguma expressão própria para identificar aqueles que procuram a revitalização dos princípios tradicionais do liberalismo e que fazem por assinalar as contradições emergentes da linha de pensamento de alguns outros “novos liberais”. Embora a expressão “liberalismo tradicional”, empregada com vistas a identificar os primeiros, pareça mais adequada que “*neoliberalismo*”, tudo parece indicar que esta última expressão tende a se impor, dado à sua larga utilização nos debates políticos e intelectuais da atualidade. Paradoxalmente, portanto, serão “neoliberais”, em verdade, aqueles que sustentam velhos argumentos liberais.

Parece certo, de toda a forma, que esta reconciliação de alguns liberais com os princípios mais remotos do liberalismo não pode ser considerada como uma ingênua defesa à volta ao “paleoliberalismo”, já que se não desconsidera o aprendizado histórico, muito ao contrário tem-se este em conta elevada, a fim de preservar-se do sucateamento e da superação. Embora não se pretenda atualizar os princípios, cuja natureza e dimensão

tendem à permanência, tem amplo espaço práticas mais conseqüentes e preocupadas com os problemas sociais.

Por derradeiro, deve-se considerar que os temas recorrentes da “crítica neoliberal” parecem ser suscitados tensionalmente pelo prestígio que alcançaram algumas teorias e doutrinas sociais e, mesmo, pelo o próprio endeusamento da palavra social, a que correspondeu uma sensível alteração no conteúdo das palavras e da própria percepção da realidade política. Tome-se como exemplo a crítica à democracia, confundida com democratismo; à liberdade, confundida com *status* ou poder; à justiça, considerado um atributo da sociedade e não de indivíduos.<sup>39</sup>

Estas e outras abordagens encontram-se, assim, relacionadas com o que se pode considerar advento do “neoliberalismo”, conforme item 1.3. *supra*. E a força dos argumentos parece estar em que o momento atual realmente aponta para a necessidade de se repensar, tanto retrospectivamente quanto prospectivamente, o Estado e a sociedade, inclusive revendo-se as teorias, os autores e os conceitos.

No próximo capítulo pretende-se enfocar alguns aspectos destacados da “crítica neoliberal”, de forma a favorecer ainda mais a identificação do contexto em que se insere o debate.

---

<sup>39</sup> Numa abordagem “neoliberal”, pode-se afirmar que tamanha é a confusão de sentidos e de argumentos que não é de se estranhar que Thierry JEANTET (1986) pretenda fazer uso da expressão “indivíduo coletivo” para expressar um novo paradigma, que significaria a superação do liberalismo e do marxismo.

## Capítulo II: O contexto do “neoliberalismo”

### 2.1. O Estado Social em crise

Nada obstante divergências quanto às soluções possíveis e recomendáveis, tende ao consenso a consideração segundo a qual o modelo de Estado Social<sup>40</sup>, cuja origem remonta ao final do século XIX, tem enfrentado graves dificuldades nestas últimas décadas do século XX. Neste contexto, é que se verifica, conforme assinalado por Ralph DAHRENDORF (1992, p. 9), que *“Aumento da flexibilidade, redução dos serviços sociais e cortes nos impostos estão na ordem do dia”*.

James O’CONNOR (1977) analisou a questão, com destaque para a crise fiscal do Estado americano, que resta configurada pela constatação de que as despesas crescentes, sob pressão dos interesses das diversas classes sociais, tendem a superar as receitas disponíveis. Fez por destacar aquele autor a relação existente entre crescimento do Estado e crescimento do setor monopolista. Na análise marxista de O’Connor a crise fiscal aparece como inerente ao sistema capitalista, vindo a colocar sob ameaça a função de legitimação do Estado, já que apontaria para o descréscimo dos gastos sociais e, destarte, para a desarmonia social.

Pierre ROSANVALON (1981) também assinala que o Estado de Providência encontra-se em toda parte em dificuldades, sendo possível reconhecer três elementos de análise que são geralmente usados para formular o diagnóstico da crise do modelo: o impasse financeiro, com as despesas públicas crescendo mais rápido que a produção nacional; sua eficácia econômica e social decrescente; e seu desenvolvimento contrário a certas transformações culturais em curso (*op. cit.*, p. 13 *et seq*). Considera o autor que a persecução do desenvolvimento do Estado de Providência, que se constitui uma extensão

---

<sup>40</sup> Utilizar-se-á, doravante, como sinônimas, as expressões Estado Social, Estado do Bem-Estar, Estado Assistencialista e Estado Previdenciário.

e prolongamento do Estado-Protetor, é triplamente posta em causa: economicamente, socialmente e culturalmente (*op. cit.*, p. 24 et 55).

No que interessa ao presente tópico, convém apenas assinalar que se trata, o Estado Social, de um conceito que se pode apresentar sob pelo menos duas perspectivas distintas, nada obstante intimamente ligadas.

Numa conceituação tipicamente econômica, a abordagem tende a se fixar, principalmente, no caráter misto do sistema econômico<sup>41</sup> em estudo, com o Estado, por meio de políticas fiscais e regulatórias, assumindo um papel ativo face aos fatos e atos econômicos tendo em vista redistribuir rendas e garantir padrões mínimos de vida à população<sup>42</sup>. Na *Teoria Geral* de Keynes, que na prática se pode identificar com o fiscalismo (Cf. HICKS, 1987, p. 30), isto é, com a vinculação entre política orçamentária e política econômica, encontram-se os fundamentos econômicos do Estado Social.

Sem prejuízo da conceituação acima, não passa despercebido aos economistas que, longe dos tipos ideais, é improvável que se encontre na realidade um sistema econômico que seja “não-misto”. Com efeito, a atuação estatal em certos setores torna-se quase sempre inevitável, mesmo em economias consideradas como tipicamente liberais. Neste sentido é que SAMUELSON (1993, p. 25) chega a afirmar que “*todas as economias são economias mistas, com elementos de mercado e de dirigismo*”. Como se nota, portanto, o caráter misto da economia, admitido assim espaço para o intervencionismo estatal, não é um dos elementos mais seguros para a apreensão do significado do Estado Social. Tal constatação aponta para uma segunda conceituação possível.

Numa conceituação jurídico-político, que é a que parece melhor captar a realidade do Estado Social, o que merece ser assinalado é que a intervenção estatal impõe-se como um dever, dentro de um contexto em que as prestações positivas são reconhecidas como um direito político, um direito de cidadania. Neste sentido a afirmação de Gloria Regonini

<sup>41</sup> Considera-se conceito de sistema econômico tal como exposto por Joseph LAJUGIE (1993, p. 7): “conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, no seio das quais são postos em ação, a fim de assegurar a realização do equilíbrio econômico, certos meios técnicos organizados na função de certos móveis dominantes”.

<sup>42</sup> Ver, a propósito, Paul A. SAMUELSON (*op. cit.*, p. 427 e 853) e Paulo SANDRONI (1996, p. 160-161).

(In: BOBBIO, 1992: 416) de que “[...] *o que distingue o Estado assistencial de outros tipos de Estado não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito*”. É este, de fato, o aspecto que se apresenta como de maior interesse para o estudioso do Direito.

Interessa, neste ponto, verificar, face à realidade dos direitos que impõem cada vez maior intervenção estatal, a relação entre, de um lado, a norma e o fato político que a precede e, de outro, o fato econômico.

## **2.2. Provisões e Prerrogativas**

Em *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade* (1992), o sociólogo Ralf DAHRENDORF observa que os debates políticos contemporâneos trazem em seu bojo duas perspectivas de futuro que, infelizmente, tendem com mais frequência para o conflito que para a composição. Enquanto uns advogam a causa do crescimento de riquezas, outros voltam-se para a da ampliação de direitos civis, *lato sensu*. A questão pode ser colocada em termos de “mais escolha” *versus* “mais direitos”<sup>43</sup> e remete à discussão acerca da função do Estado e do Direito, notadamente das Cartas Constitucionais, especialmente no que se refere à realidade dos países subdesenvolvidos.

A diferença entre os contendores é melhor apresentada com o uso das palavras “provisões” e “prerrogativas”<sup>44</sup>. Seguindo explanação de Amartya Sen, Dahrendorf esclarece que estas significam meios de acesso, “*bilhetes de ingresso*” que têm qualidade normativa e, destarte, um certo nível de fixidez. “*Eles incluem direitos constitucionalmente garantidos associados à participação como membro da sociedade. Os direitos de cidadania têm seu lugar neste contexto*” (*op. cit.*, p. 26). Já os provimentos são escolhas, vale dizer, opções, correspondendo ao “*suprimento de alternativas em áreas dadas de atividade*” (*op. cit.*, p. 28), o que aponta para a questão fundamental da

<sup>43</sup> Segundo o autor, para a liberdade o desejável seria que cidadania e prosperidade caminhassem juntas, o que admite não só desejável como possível.

<sup>44</sup> No livro *O liberalismo - antigo e moderno* (1991, p. 202), escrito originalmente em inglês por José Guilherme MERQUIOR, a palavra “prerrogativas” foi traduzida por “intitulentos”, neologismo oriundo do verbo “intitular”, que parece captar melhor o sentido da categoria.

economia. Como exemplo, o autor assinala que enquanto a Revolução Industrial foi a princípio uma revolução de provimentos (incremento das escolhas), a Revolução Francesa teria se caracterizado como uma revolução de prerrogativas (reconhecimento de direitos e garantias).

Pode-se afirmar que o conflito nos termos vislumbrados por Ralf Dahrendorf integra-se no embate travado entre os defensores do Estado Social em sua fórmula original e os do Estado Liberal em sua forma emergente, que atualmente aponta para uma conformação que, em linhas gerais, se poderia chamar de neoliberal. Para os defensores do Estado Previdenciário trata-se não da ampliação, mas principalmente da manutenção de “direitos” conquistados.

A proposta analítica do ilustre sociólogo alemão revela-se, ao que se pode sentir, extremamente adequada para a compreensão de um paradoxo bastante visível quando se trata de discutir o modelo do Estado Social e o impasse a que chegou o constitucionalismo nos países subdesenvolvidos. Trata-se, segundo um enfoque privilegiadamente econômico, da questão das prerrogativas sem provimentos e, mais gravemente, das prerrogativas constitucionalmente fixadas sem se levar em conta a possibilidade de ampliação dos provimentos e, em algumas ocasiões, mesmo contrariamente à possibilidade de crescimento das riquezas. No mais das vezes desconsidera-se a realidade imposta por uma ordem econômica global e competitiva, da qual todos os países são, de uma forma ou de outra, co-participantes e interdependentes.

Sabe-se que o constitucionalismo surge associado à incipiente doutrina liberal, caracterizando-se como um movimento contra o poder absoluto, em cujo seio encontra-se uma técnica jurídico-política de contenção do poder mediante a separação das funções do Estado aliada ao reconhecimento de garantias e direitos fundamentais aos indivíduos em face deste mesmo Estado dessacralizado. Seu primeiro momento é, assim, pontuado pelo reconhecimento dos direitos civis (governo da lei, igualdade formal, liberdade de imprensa e de pensamento, devido processo legal etc), a que, posteriormente, vieram a se somar os direitos políticos em sua forma mais ampla (sufrágio universal). Estes direitos é que se encontram na base da noção de cidadania em sua formulação inicial, que desconhecia os chamados direitos econômicos e sociais, encontrando-se em voga o princípio da mínima



intervenção estatal, traduzido na frase “*laissez faire, laissez passer que la vie se vá*”, com que se pretende comumente ilustrar o pensamento econômico liberal.

Nada obstante em “saltos espasmódicos” (DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 62), esta primeira fase do constitucionalismo realizou-se historicamente em um período extenso inaugurado pelas Cartas e declarações inglesas, sendo identificada como a da conquista dos chamados direitos de primeira geração (civis e políticos) ou direitos e liberdades burguesas. Pode-se dizer que suas datas mais importantes vinculam-se à Constituição Americana emendada em 1791 e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (SILVA, 1990, p. 134-153; FERREIRA, 1962, p. 58-71 et 353-383), seguida pela Constituição francesa de 1791.

Paulo BONAVIDES (1994, p. 517), muito adequadamente, refere-se a estes direitos de primeira geração como “*direitos de resistência e de oposição perante o Estado*”. Sem embargos, os direitos políticos trazem em si também a idéia de participação política e, portanto, na formação da vontade soberana, o que os coloca muito próximo do conceito de liberdades positivas, prenunciando outros desdobramentos em direção ao modelo que passou a ser conhecido como Estado Social.

Com efeito, num segundo momento, em grande parte em decorrência da “*ideologia e reflexão antiliberal*” (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 518), de que se constituem exemplo os movimentos socialistas e sociais democratas, contexto no qual se insere o advento do sindicalismo<sup>45</sup>, as Constituições modernas passaram a incorporar os chamados direitos econômicos e sociais, a exemplo de direito ao trabalho, à educação e à assistência. Tais direitos, por sua própria natureza, demandam para sua efetivação prestações positivas e, indubitavelmente, tem mais a ver com o aumento de provimentos do que de prerrogativas.

À igualdade e liberdade formais do liberalismo primitivo veio a opor-se como realidade factual o incontornável fosso a separar as classes proprietárias das não proprietárias. Encontraram terreno fértil as doutrinas elevadas a partir de argumentos fortes como a exploração e a opressão das classes não-proprietárias, que encontram seu ápice na teoria marxista, e um anseio por uma democracia real, ideais que encontram

---

<sup>45</sup> A propósito, ver Arion Sayão ROMITA (1976, p. 22-23)

inspiração nas formulações do polêmico Jean Jacques ROUSSEAU (1978)<sup>46</sup>, especialmente o *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* e *Do contrato social*.

Inegavelmente, a promessa de todo poder aos oprimidos e de ampla participação popular na formação da vontade do Estado mostrou-se com força suficiente para opor-se ao modelo de Estado Liberal em sua forma clássica, dando ensejo aos Estados Socialistas e também ao Estado Social, este a meio caminho entre o liberalismo e o socialismo, tal qual as idéias do ilustre filósofo genebrino (Cf. BONAVIDES, 1993, p. 162).

À parte as experiências dos socialismos reais inauguradas com a Revolução Bolchevique de 1917, tem ensejo, nos países ocidentais, uma nova fase do constitucionalismo, com a experiência da Constituição mexicana de 1917 e, pontuando definitivamente este novo período, a Constituição de Weimar de 1919 (Cf. FERREIRA FILHO, 1990, p. 4). Esta é fase das Constituições com capítulos destinados à ordem econômica e social e do advento do direito econômico, substrato tanto das experiências dirigistas pós-primeira guerra quanto das próprias modificações impostas pela economia industrial (Cf. JACQUEMIM & SCHRANS, s.d., p. 35). Tem-se assim, como resposta a uma sociedade de massas sem precedentes, um Estado que intervém direta ou indiretamente na economia, ora substituindo-se à iniciativa privada ora regulando, mais ou menos pormenorizadamente, os fatos e atos econômicos tendo em vista a política econômica governamental. A teoria econômica de John Maynard Keynes constituiu-se o arcabouço teórico desta experiência intervencionista cujo objetivo último seria o bem-estar social e o desenvolvimento (Cf. HUGON, 1980, p. 410).

Pode-se afirmar, com DAHRENDORF (*op. cit.*, p. 195), que é difícil saber se o keynesianismo “*salvou o capitalismo, o destruiu ou, talvez, salvou-o ao destruí-lo*”. O que parece menos duvidoso é que o advento do Estado Social de Direito colocou o

<sup>46</sup> José Guilherme MERQUIOR (1980, p. 37-38) registra, dentre as acusações formuladas contra Rousseau, as de “pai do anarquismo romântico” e de “apóstolo do igualitarismo não-liberal”, assinalando que este foi condenado pelo “abominável individualismo” e também acusado de “excessivo coletivismo”. Paul JOHNSON (*op. cit.*, p. 12-14), em polêmicas páginas, considera o ilustre genebrino um dos primeiros intelectuais modernos, anotando sua enorme influência e destacando cinco de suas idéias principais, que poderiam ser assim referidas: o culto à natureza; a desconfiança da razão, do progresso material; a valorização da compreensão e intuição poéticas para “*sujeitar os ditames estêreis da razão*”; a idéia da corrupção moral do homem; a crítica ao capitalismo (propriedade privada).

constitucionalismo moderno, especialmente nos países ~~subdesenvolvidos~~, em uma crise de identidade. Com efeito, confiou-se às constituições a função de orientar e servir de instrumento à política governamental e ao desenvolvimento dirigido, colocando, destarte, o direito a serviço do atingimento de fins específicos e previamente definidos. O que se verificou, então, foi um crescimento exagerado das funções do Estado, com crescimento da burocracia estatal e excesso de regulamentação, tudo isto acarretando maiores gastos e necessidade de tributação mais acentuada ou de se gerar maiores receitas originárias, sem que do sacrifício surgisse o desenvolvimento e o bem estar social.

Em outras palavras, é possível concluir que para que as prerrogativas encontrassem correspondência em termos de provisões reconheceu-se como imprescindível uma intervenção estatal cada vez mais intensa, substituindo-se a mão invisível do mercado pelo ativismo macroeconômico. Sob a crítica de liberais ligados à tradição, transformou-se o Estado do *laissez-faire* no Estado babá, expressão empregada pelo próprio Dahrendorf, o que trouxe consigo o corolário segundo o qual se tudo vai mal ou bem, a culpa ou o mérito é sempre do Estado.

O fenômeno jurídico que melhor expressa este segundo momento do constitucionalismo é o da publicização do direito, com o surgimento de importantes ramos, a exemplo do direito do trabalho, do direito previdenciário e do direito econômico, todos eles com significativas repercussões na esfera das relações jurídicas privadas, cuja identificação, a bem dizer, resta cada vez mais dificultada.

Por derradeiro, não em sentido definitivo é certo, na fase atual do constitucionalismo, estão a se delinear, quando menos doutrinariamente, os chamados direitos de terceira geração ou direitos da fraternidade ou, ainda, de solidariedade. Segundo BONAVIDES (1994, p. 523), pode-se identificar entre eles o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação. Prenuncia-se, assim, mais um episódio importante da oposição entre a prescrição das normas e a realidade dos fatos.

É certo que, nada obstante a amplitude da formulação atual, os direitos humanos estão muitíssimo longe de se esgotar na terceira geração acima referida. Dada a sua historicidade (Cf. BOBBIO, 1992, p. 32; SILVA, 1990, p. 133; CERRONI, 1993, p.

138) associada à infinitude dos sonhos, desejos e pretensões humanas, é inimaginável a gama de prerrogativas que se pode fazer conter em constituições, declarações, convenções, tratados, etc. E Norberto BOBBIO (*op. cit.*, p. 24) tem razão ao advertir que uma oposição importante aos direitos humanos, notadamente os sociais, não se põe no que refere à sua justificação, mas com relação à exequibilidade. De fato, embora a natureza do direito, enquanto dever ser, permita se possa admitir que coexistam lado a lado normas de máxima e de nenhuma efetividade, não se pode deixar de admitir que fica muito evidente a diferença fundamental que existe entre legislação e direito propriamente dito.

Sob o cenário acima destacado, as constituições tendem a serem vistas em grande parte como meras cartas de intenções e amplas linhas de programas de governo. No dizer de Fernando Facury SCAFF (1990, P. 40) resta reforçada a tese de que “... *tais normas, muito embora constitucionais, não se consubstanciam em normas jurídicas, mas em plataformas políticas, em uma verdadeira carta de boas intenções*”. E embora os jurispúblicistas possam se debater contra tal reducionismo simplista, elaborando categorias próprias para contemplar as especificidades das constituições modernas, a exemplo de se falar em normas programáticas, que orientam, vinculam e exigem a intervenção do legislador ordinário (Cf. CANOTILHO, 1983, p. 183-185), resta inabalável a validade e pertinência de observações como as do sociólogo DAHRENDOLF (*op. cit.*, p. 193) no sentido de que estas normas “*são pseudoleis, textos de construção legal aos quais não estão anexadas quaisquer sanções*”<sup>47</sup>. Há motivos de sobra para tal entendimento, pois, efetivamente, são comandos do Estado Legislador para o próprio Estado, subordinadas, assim, ao jogo das forças políticas atuantes, podendo-se cogitar, no máximo, da existência de sanções morais ou políticas. E se estas “falsas normas” expressam uma dimensão importante e atual do direito, enquanto prescrições para o futuro e instrumento de transformação social, muito fazem, de outra parte, para fornecer argumentos para se falar em crise do constitucionalismo e do direito, dentro da qual se vislumbra pouca efetividade

<sup>47</sup> Conforme, ainda, preleção de Paulo José da COSTA JÚNIOR (1991, p. 119), “*Toda norma jurídica se compõe de preceito e sanção (preceito secundário). O preceito (primário) exprime a proibição e o comando, endereçado a conduta. A sanção é a consequência do descumprimento do preceito. Assim, o*

das disposições constitucionais, consideradas que são as constituições papéis que tudo aceitam sem que se cogite da realidade social e econômica incontornável.

Depreender se são as provisões que possibilitam as prerrogativas ou se há entre *mais escolha e mais direitos* alguma relação relevante passa a ser tema central nos debates que se travam em torno de alterações constitucionais, discussões que se assemelham àquelas envolvendo a relação dialética possível entre direito e economia. De qualquer forma, parece lícito admitir que o aumento infrene e demagógico de prerrogativas, de que se constitui o exemplo mais representativo algumas das disposições concernentes a direitos sociais, tende a médio prazo a atuar contra uma economia de tipo capitalista-liberal, que tem por fundamentos princípios como da livre iniciativa e da propriedade privada, já que enseja uma cada vez maior intervenção do Estado na ordem econômica e social.

Na luta entre os partidários das provisões e os das prerrogativas vislumbra-se, portanto, a tensão entre o Estado Social e a nova forma de Estado que se pretende instituir, com forte influência do ideário neoliberal. Opõem-se argumentos essencialmente econômicos<sup>48</sup> a ponderações de ordem político-jurídica.

Nada obstante, contudo, o acirrado debate, muito mais complexo que a esquematização maniqueísta autoriza supor, parece ser possível vislumbrar um certo grau de unanimidade com relação a alguns diagnósticos, a exemplo do reconhecimento da existência de uma crise fiscal, isto é, de que os sucessivos déficits orçamentários, com o Estado gastando muito mais do que arrecada, como próprio ao keynesianismo, constitui-se um grave problema a ser enfrentado. Poucas dúvidas sérias existem de que esta se constitui uma questão atual e que seu encaminhamento passa pela rediscussão do papel do Estado e acerca da dimensão que deve assumir o direito no mundo moderno. Parece não haver dúvidas significativas também quanto à necessidade de se levar em conta a existência de uma economia globalizada quando se trata da formulação de políticas econômicas internas. O que parece alimentar a discórdia são, especialmente, as convicções

---

*direito será sempre um imperativo sancionado*". Daí porque a concepção de que as chamadas normas programáticas são políticas e não propriamente jurídicas (Cf. Fernando Facuru SCAFF, 1990, p. 39 et 40).

<sup>48</sup> A propósito, Umberto CERRONI (1993, p. 155) assinala como característica do Estado Social a dimensão economicista que assume a política.

ideológicas, que às vezes impossibilitam que se aquilate com isenção de ânimo algumas propostas de mudança.

### **2.3. O sentido da ideologia**

Com a alardeada derrocada dos regimes socialistas dos países do leste europeu, não faltou quem retomasse, no plano teórico, o tema do fim da história, traduzido em termos de vitória definitiva dos valores correspondentes à democracia liberal<sup>49</sup>, tese que suscitou, como ainda suscita, significativas controvérsias. Um certo consenso prático de governantes de diversas tendências em torno de reformas reconhecidas como “neoliberais”, ainda que inadmitido pelos próprios agentes políticos, tem realimentado a discussão acerca do triunfo definitivo da ideologia liberal.

É importante ter-se em conta que os conflitos sociais, que fertilizam os fanatismos e suscitam o acirramento dos embates ideológicos, estão muito longe de serem resolvidos. É, ademais, no mínimo duvidoso que a democracia representativa, fundada na idéia de soberania popular absoluta e de Estado de Direito, tenha oferecido, designadamente no que se refere aos países subdesenvolvidos, uma solução satisfatória para problemas fundamentais como a concentração de renda e a pobreza da grande massa da população, havendo quem acredite que estes só tendem a acirrar-se com a abertura dos mercados. De outra parte, foi o embate de forças políticas e sociais, sob a democracia liberal, que deu ensejo ao surgimento de um Estado tentacular que, forte e onipresente, de solução passou a ser ele mesmo o problema (Cf. Charles Shutze *apud* ROSANVALLON, (*op. cit.*, p. 59). É de se considerar, sob este aspecto, que as reformas “neoliberais” de certo modo colocam em xeque, nos países desenvolvidos, os próprios avanços que autorizaram uma visão otimista do futuro. Neste sentido, há quem considere que não foi apenas o socialismo que se mostrou inadequado à resolução das questões a que se propunha<sup>50</sup>.

Sem embargos das considerações acima, reputamos não ser de toda descabida a suposição de que o conflito ideológico no campo político, ao menos no que se refere ao ocidente, aponte para confrontos menos totalizantes e radicais, sendo que, sob este

---

<sup>49</sup> Sobre o tema, ver as considerações de Perry ANDERSON (1992) à versão de Francis Fukuyama de “fim da história”.

aspecto, pode-se reconhecer que há, de modo geral, um certo entendimento acerca da imprescindibilidade das liberdades públicas e de que as instituições políticas erijam-se a partir de um consenso tão amplo quanto possível, sem deixar de levar em conta o respeito aos direitos fundamentais das minorias. Com certo otimismo, pode-se até acreditar, admitida a tese do suave comércio (Cf. HIRSCHMAN, 1984, p. 13 *et seq*)<sup>51</sup>, que a globalização da economia é um fator favorável ao estabelecimento de instituições políticas estáveis que, em linhas gerais, correspondam ao modelo democrático liberal.

Mas se há elementos que autorizam supor que as ideologias políticas parecem um pouco melhor conciliadas que há cem ou duzentos anos atrás, é indubitável que as sensíveis transformações das últimas duas décadas tem aberto um amplo campo para profundas divergências ideológicas quanto ao papel do Estado face às questões econômicas e sociais. Num contexto de mais dúvidas que certezas, o que em parte se justifica pela rapidez das transformações, apegar-se a convicções ideológicas, certamente em versões atualizadas pelos fatos históricos, tem parecido para alguns ser o único caminho para se realizar uma leitura ampla das mudanças em curso. O interessante é que, não raras vezes, percebe-se que na prática as diferenças de opinião são muitíssimo menores do que aparentam.

É exatamente a observação acima que se pretende levar em conta ao abordar o neoliberalismo como ideologia em ascensão e que impõe como temas principais a reformulação do Estado e da concepção do papel do Direito na sociedade moderna.

Conveniente, portanto, explicitar, ainda que com uma brevidade nada recomendável, o conceito de ideologia que se tem em mente.

O termo ideologia foi criado entre 1796 e 1798 por Antoine Destutt de Tracy (Cf. VINCENT, 1995, p. 14; ABBIGNANO, 1970, p. 506), distinguindo Andrew VINCENT (*op. cit.*, p. 14-15) na obra do filósofo francês quatro sentidos em que a palavra foi originalmente empregada, a saber: a) ciência empírica das idéias; b) forma de republicanismo liberal secular; c) esterilidade intelectual e prática ou radicalismo perigoso; d) doutrina política em geral. Tanto a palavra quanto as ideologias propriamente ditas de

---

<sup>50</sup> A propósito, Eric HOBBSBAWN (1995, p. 218-220).

<sup>51</sup> Basicamente, a tese corresponde à idéia de que o comércio civiliza as nações.

modo geral, datam da época da Revolução Francesa, podendo-se falar em pelo menos três concepções ideológicas que se poderia chamar de tradicionais, a saber: liberalismo, socialismo e conservadorismo<sup>52</sup>. No dizer de Imanuel Wallerstein (In: SADER, 1995, p. 33), trata-se da “*trindade ideológica do século XIX*”.

Segundo Nicola ABBGNANO (*op. cit.*, p. 506), é com Napoleão que começa a história do significado moderno do termo: “*uma doutrina, mais ou menos destituída de validade objetiva, porém mantida pelos interesses claros ou ocultos daqueles que dêles se servem*”.

Karl Marx empregou a palavra em sentido semelhante ao de Napoleão<sup>53</sup>, contribuindo para afastá-la definitivamente do conceito de ciência. Para Marx, conforme assinala Mario Stoppino (In: BOBBIO, 1992, p. 585), trata-se de “*falsa consciência das relações de domínio entre as classes*”, uma falsa representação da realidade<sup>54</sup> que, em última análise, presta-se à defesa dos interesses das classes dominantes. Este é reconhecido como o sentido forte do termo e que tem permitido vinculá-lo a todas as concepções políticas que se pretende desacreditar ou desmerecer sob a consideração *a priori* de estarem a serviço do encobrimento intencional da realidade.

A perspectiva de Marx, da qual se extrai a oposição entre ideologia e ciência, encontraria reafirmação em Vilfredo Pareto, que considerou ideologia toda teoria não científica, isto é, não lógico-experimental. Segundo a síntese de ABBAGNANO (*op. cit.*, p. 506-507), Pareto estabeleceu três aspectos em que uma teoria pode ser julgada: a) objetivo (experiência); b) subjetivo (sua força de presunção); c) em sua utilidade social. Enquanto a teoria científica, que pertence ao campo da observação e do raciocínio, só poderia ser avaliada objetivamente, a ideologia só o poderia segundo o critério subjetivo e de sua utilidade social. Tratar-se-ia, portanto, esta última, de uma teoria persuasiva ou útil, não necessariamente verdadeira, donde se conclui que “*a função da Ideologia é em primeiro lugar aquela de persuadir, isto é, de dirigir a ação*” (*op. cit.*, p. 507).

<sup>52</sup> Andrew VICENT (1995) considera, além destas, o anarquismo, o fascismo, o feminismo, o ecologismo e o nacionalismo.

<sup>53</sup> Daí porque F. A. HAYEK (1985, V. I, p. 65) os responsabiliza pelo sentido depreciativo modernamente atribuído à palavra.

<sup>54</sup> Ver, a propósito, a *A ideologia alemã* (1993).



Nicola ABBAGNANO (*op. cit.*, p. 507) rejeita a concepção marxista, afirmando que “o significado de uma Ideologia não consiste [...] no fato dela exprimir os interesses ou as necessidades de um grupo social; nem consiste na sua verificação empírica nem em sua validade objetiva; mas simplesmente em sua capacidade de controlar e dirigir o comportamento dos homens numa determinada situação”.

Em conclusão, oferece ABBAGNANO (*op. cit.*) o seguinte conceito de ideologia: “toda crença usada para contrôlo dos comportamentos coletivos, entendendo-se o termo crença, em seu significado mais amplo, como noção empenhadora para a conduta, que pode ter validade objetiva”.

O conceito acima, que aponta para o sentido fraco de ideologia<sup>55</sup>, isto é “um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos” (Cf. Mario Stoppino. In: BOBBIO, *op. cit.*, p. 585), é, de modo geral, o que tem prevalecido hodiernamente<sup>56</sup>.

Andrew VINCENT (*op. cit.*, p. 28) oferece uma definição em que parece captar ainda mais amplamente este sentido atual das ideologias:

[...] são corpos de conceitos, valores e símbolos que incorporam concepções da natureza humana e, assim, apontam o que é possível ou impossível aos homens realizar; as reflexões críticas sobre a natureza da interação humana; os valores a que os homens devem aspirar ou a que devem rejeitar; e as medidas técnicas corretas para a vida social, econômica e política que atenderão as necessidades e interesses humanos. Dessa forma, as ideologias reivindicam *descrever* e *prescrever* para os homens.

Pode-se dizer que o conceito acima, decididamente, afasta a palavra ideologia de seu sentido pejorativo, recusando a idéia de falsidade *a priori* e aproximando-a do sentido que lhe confere, por exemplo, F. A. HAYEK (1985, V. I, p. 64-65), isto é, conjuntos de princípios. Esta abordagem permite que se empregue o termo num sentido mais apropriado às pretensões do presente trabalho, que não deixa de reconhecer um

<sup>55</sup> É precisamente ao sentido fraco que se liga o tema “o fim” ou o “declínio das ideologias” (Cf. Stoppino, *op. cit.*, p. 585, 589-591).

<sup>56</sup> Deve-se admitir, nada obstante, que algumas objeções de inspiração socialista ainda pretendam atualizar a idéia de que há uma única verdade objetiva, que as classes dominantes pretendem ocultar, mas que pode ser revelada em uma teoria social específica, de extração marxista.

importante papel à ideologia neoliberal<sup>57</sup>, designadamente no que se refere à crítica ao positivismo e à esquizofrenia legiferante de que sofre o ordenamento jurídico brasileiro. Sem embargos, não se pretende menosprezar o aspecto atinente à neutralização de valores que se realiza por meio da ideologia (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 187 *et seq*), antes o procura revelar sempre que possível.

## 2.4. Conceitos de liberdade

Não resta dúvida de que a liberdade impõe-se como questão fundamental à compreensão da condição humana, confundindo-se o ideal de liberdade com a história de modo geral, e particularmente com a história do pensamento filosófico e político. Segundo Bruno LEONI (1993, p. 58), antes de se falar de liberdade, contudo, impõe-se que se defina claramente o significado que se atribui à palavra.

Mais do que propriamente buscar definições, procura-se, neste tópico, explicitar, ainda que brevemente, a existência de pelo menos duas posições relativamente ao conceito de liberdade: uma que admite o *alargamento conceitual* outra que propõe um *estreitamento conceitual*. De outra parte, sugerir uma espécie de ligação ideológica entre conceitos de liberdade e democracia.

Nicola ABBAGNANO (1970, p. 577-584) oferece-nos três significados fundamentais vinculados à idéia de liberdade, a saber: 1) *autodeterminação ou autocausalidade* (ausência de condições e limites); 2) *necessidade* (que também deriva, como em 1, da idéia de *causa em si mesmo*); e 3) *possibilidade ou escolha*. Quanto aos dois primeiros, a diferenciação se dá essencialmente pelo fato de que, no conceito de *liberdade enquanto necessidade*, esta é colocada como atributo do todo (a ordem do mundo, o cosmo, o Estado etc) e não da parte (indivíduo), como no primeiro caso. Com efeito, para a segunda formulação (*liberdade-necessidade*), a liberdade identifica-se com o agir integrado à ordem do mundo, de acordo com uma autodeterminação cósmica ou divina. Em ambos os casos, importante assinalar, coloca-se em evidência uma idéia de

---

<sup>57</sup> Se é que se pode falar em ideologia neoliberal, já que, de modo geral, o neoliberalismo não significa mais que apenas a retomada, aprofundamento e atualização de certas concepções do liberalismo tradicional, de Bernard de Mandeville, Adam Smith, David Hume, dentre outros.

liberdade considerada em termos absolutos, uma que se realiza a partir do indivíduo, outra que se realiza a partir *da* e *na* totalidade<sup>58</sup> (Deus, Estado, religião etc).

O terceiro conceito de liberdade identifica-se com a idéia de “*medida de possibilidade*” ou “*escolha motivada ou condicionada*”. Este não é erigido a partir da idéia de autodeterminação absoluta, pois a liberdade é tida como finita, relativa e delimitada, havendo campo para se vislumbrar um certo grau de determinação ou de heteronomia. Segundo Abbagnano, é a este tipo de formulação que mais se aproxima a idéia de liberdade política tal como exposta por Thomas Hobbes e por Jonh Locke, tratando-se de conceito mais próximo da idéia atual de liberdade, conforme Gurvitch (*apud* Abbagnano, *op. cit.*, p. 584), “*uma liberdade situada, uma liberdade enquadrada no real, uma liberdade. sob condição, uma liberdade relativa*”.

Na seara das ciências sociais, o conceito de liberdade parece oscilar ao sabor do que se poderia denominar convicções ideológicas. É razoável ponderar que mesmo a idéia de liberdade como possibilidade ou escolha encaminha-nos para discussão de problemas fundamentais, que vão influenciar fortemente tanto a filosofia política quanto, e especialmente, a *práxis* política, abrindo amplo espaço para confusões e contradições as mais diversas, em parte suscitadas pelo caráter laudatório da palavra, conforme assinalado por Felix E. Opheim (In: BOBBIO, 1992, p. 708).

Ainda que considerada como “medida de possibilidade, parece realmente intuitivo suspeitar-se de que só haverá liberdade se houver ao menos duas possibilidades, pois a limitação não pode ser total, eis que havendo uma única possibilidade não haverá escolha e, portanto, não haverá que se falar em liberdade. Isto considerado, plausível é sustentar que não é livre o homem quando embora abstratamente possa escolher, concretamente não o possa, como afigura-se claro no exemplo de Felix E. Opheim (*op. cit.*, p. 710), quando se trata de estar desempregado em um período de recessão, em que não se pode escolher entre estar ou não desempregado, muito menos entre este ou aquele emprego, situação que se apresenta em graus diversos em outras situações implicadas com a

<sup>58</sup> Conforme o autor, Hegel, distinguindo o conceito abstrato de liberdade da “liberdade real”, que tem a ver com a realidade própria do homem, identifica esta com o Estado. Segundo Hegel, “*São antes o direito, a moral, o Estado, e sòmente eles a positiva realidade e satisfação da liberdade. O arbitrio do*

existência concreta do indivíduo em sociedade (alimentação, saúde, educação, habitação etc). Impõe-se raciocínio semelhante sempre que as condições concretas apontarem para uma única escolha possível ou racional. É esta concepção, possivelmente, que permitiu a Bismarck, precursor do Estado Social, colocar a questão considerando, de um lado, a liberdade dos ricos de oprimir os fracos, e, de outro, a liberdade destes de morrer de fome (Cf. BONAVIDES, 1993, p. 4).

Desde logo constata-se que a perspectiva acima tende a aproximar o conceito de liberdade enquanto *possibilidade* ou *escolha* dos outros conceitos anotados por Abbagnano (*autodeterminação* ou *necessidade*), fazendo por aproximá-lo da idéia de *autocausalidade*. Impõe-se assim cogitar de condições para a liberdade, o que vai ao encontro de temas importantes ligados à satisfação das necessidades fundamentais e redução das desigualdades, como resta evidente nos modernos debates políticos: o homem é livre quando sua ação não é fortemente determinada por causas que lhes são exteriores.

Nas palavras do ex-presidente americano Franklin Dellano Roosevelt, outro personagem importante no engendramento do Estado Social: “*os homens necessitados não são homens livres*” (*apud* Felix E. Opheim, *op. cit.*, p. 711). A abordagem, francamente pragmática, é a mesma realizada pelo economista John Kenneth GALBRAITH (1996, p. 4), considerado o herdeiro intelectual de Lord Keynes, ao alertar para o fato de que “... *nada nega tão amplamente as liberdades do indivíduo quanto a ausência total de dinheiro*”. Resta patente que em ambas as considerações a palavra liberdade veicula a idéia de poder de autodeterminação, que não prescinde de condições mínimas para realizar-se. Como se vê, há um aprofundamento conceitual, assumindo a palavra um conteúdo mais próprio à linguagem política atual, que, não por menos, tem nas definições um de seus maiores desafios. Poder-se-ia dizer que a liberdade é utilizada em “*sentido forte*”, em seu sentido democrático conforme anota Norberto BOBBIO (1996, p. 9), expressando uma condição positiva, isto é, o implemento de condições para a realização da liberdade.

---

*singular não é liberdade. A L. que é limitada é o arbítrio concernente ao momento particular das necessidades*” (*apud* Nicola Abbagnano, *op. cit.*: 581).

A idéia de liberdade positiva, ou o “*conceito democrático de liberdade*”, chega a dar uma pista de como se deu a aproximação de ideais à primeira vista tão dessemelhantes, e mesmo de certa forma antitéticos, como igualdade e liberdade, mal conciliando sob a bandeira da chamada democracia liberal a liberdade “dos antigos” (da *polis* grega: participação na vida política) e a liberdade “dos modernos” (de Thomas Hobbes: ausência de coerção ou interferência), conforme a famosa exposição de Benjamin Constant<sup>59</sup>. É que, de certa forma, a igualdade de condições diminui a possibilidade de opressão ou de heteronomia, sendo assim adequado concluir, com Jean Jacques Rousseau, que a liberdade pressupõe a igualdade.

Em conferência bastante divulgada, Isaiah BERLIN (1981, p. 133-175) ocupou-se de esclarecer a distinção entre liberdade positiva e negativa, terminologia comumente utilizada pelos modernos teóricos políticos. O conceito de liberdade negativa - que foi de moderno a antigo em curto espaço de tempo - seria aquele reconhecido na tradição do pensamento liberal (Thomas Hobbes, John Locke e Jeremy Bentham, por exemplo<sup>60</sup>), vinculando-se à idéia de “*ausência de coerção*”. Thomas HOBBS (1979, p. 129), de fato, assinala que “*liberdade significa, em sentido próprio, ausência de oposição [...] um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer*”.

A seu turno, o termo liberdade positiva vincular-se-ia à idéia de autonomia ou “*poder de autodeterminação*”. Posta em termos de “*liberdade na totalidade*”, a perspectiva sofre grande influência do pensamento de Jean Jacques Rousseau<sup>61</sup>, realizando-se por meio da participação na formação da chamada *vontade geral*, pedra de

<sup>59</sup> BOBBIO (1996, p. 62-64) considera inadequada, além de valorativa, a distinção feita por Constant (*Liberdade antiga e moderna*) em termos de “*moderno*” e “*antigo*”, concluindo que “... se a liberdade negativa é moderna, a liberdade positiva [...] longe de ser antiga, é ainda mais moderna” (*op. cit.*, p. 64). Já F. A. HAYEK (1983, p. 184-185, notas 10 e 11), contesta a idéia de que os gregos não conheciam ou apreciavam a liberdade individual, conforme se difundiu a partir de Thomas Hobbes, divulgando-a Constant (*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*) e Fustel de Coulanges (*La Cité antique*).

<sup>60</sup> A referência a Hobbes e Bentham como nomes ligados à tradição do pensamento liberal pode ser refutada, a exemplo do que fazem alguns neoliberais.

<sup>61</sup> José Guilherme MERQUIOR (1990, p. 88 *et seq*) assinala que para Rousseau o mais importante era a liberdade da opressão (“*gozo de direitos estabelecidos, fundamentada no senso individual de dignidade*”) e a liberdade política (“*participar do gerenciamento dos interesses da comunidade*”). Para o autor,

toque da teoria da legitimidade rousseuaniana, que pressupõe cidadãos livres e iguais, impondo-se a redução das desigualdades como condição *sine qua non* para se alcançar a liberdade.

Norberto BOBBIO (1996, p. 51-64) também abordou o assunto, procurando contemplar as questões implicadas com os conceitos de liberdade negativa (*liberdade de*) e positiva (*liberdade para*). Duas frases colacionadas pelo jurista italiano servem para ilustrar as concepções examinadas, a saber: “*A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem (Montesquieu, De l’esprit des lois, XII, 2)*”; “*A obediência às leis que prescrevemos para nós é a liberdade (Rousseau, Contrat social, I, 8)*”. Segundo Bobbio, enquanto a primeira concepção liga-se a expressão “*liberdade como não-impedimento e como não constrangimento*”, constituindo-se uma “*qualificação da ação*”; a segunda, identificada com “*autodeterminação ou autonomia*”, é uma “*qualificação da vontade*”. Assim, sugere o jurista italiano a substituição dos qualificativos “*negativa*” e “*positiva*” por “*ação não impedida ou não forçada*” e “*vontade não heterodeterminada e sim autodeterminada*”, respectivamente.

José Guilherme MERQUIOR (1991, p. 21-27) é outro que se deteve no tema. Explorou o autor a distinção entre as palavras inglesas *freedom* e *liberty*, traduzidas por *autonomia* (liberdade absoluta) e *liberdade* (liberdade relativa), respectivamente. Segundo a exposição, a palavra *liberty* é que suscitaria a distinção feita pelos filósofos políticos entre o conceito liberal ou negativo (ausência de coerção) e o democrático ou positivo (autonomia) de liberdade. Admitindo a diversidade de significados para a palavra, propõe a identificação de “*três escolas de pensamento sobre a liberdade*”, a saber: a Inglesa (Thomas Hobbes e Jonh Locke a Jeremy Bentham e Stuart Mill), que identificava liberdade com independência; a francesa (Jean Jacques Rosseau), que considerava liberdade como autonomia; e a alemã, para qual liberdade significava realização pessoal (*op. cit.*, p. 27-32).

Em outra obra MERQUIOR (1980, p. 89) já havia se detido nas diferenças conceituais que envolvem a palavra liberdade, oportunidade em que fez por registrar sua

---

Rousseau não se ateve à “*liberdade de consciência*” ou à “*liberdade para*” (“*liberdade de proceder como nos agrada*”), esta última ligada ao sentido positivo de liberdade, que é tipicamente moderno.

discordância com relação à rejeição “*neoliberal*” (Isaiah Berlin, Friedrich A. Hayek e Felix E. Oppenheim) à identificação de liberdade com oportunidade:

*Peço vênia, entretanto, para discordar destas restrições neoliberais ao emprego da palavra liberdade no sentido positivo. Sem negar sua contribuição analítica, resta pouca dúvida de que a experiência coletiva dos vários tipos de liberdade desde o século XVIII, primeiro no Ocidente e depois em toda parte, após o surto de industrialização, corrobora de maneira absolutamente convincente o conceito de liberdade positiva como “liberdade para alguma coisa”. Aqueles que, como Sir Isaiah Berlin, preferem encontrar no impulso da “busca da felicidade” principalmente uma “luta pela obtenção de status e de reconhecimento social”, de parte dos vários grupos sociais, e ressaltam que tal impulso, embora relacionado com a liberdade, não lhe é idêntico nem no sentido positivo nem no sentido negativo de superação de desafios, parece que deixam de captar importante aspecto histórico.*

Isaiah BERLIN (*op. cit.*, p. 138-139) foi um dos que pretendeu efetivamente chamar a atenção para os riscos implicados ao uso de um conceito amplo e pouco preciso de liberdade. Um exemplo de sua inquietação diante do “alargamento do conceito” pode ser bem observada no excerto abaixo, em que o autor aborda o sentido da liberdade negativa:

*Cada coisa é o que é: liberdade é liberdade, e não igualdade, imparcialidade, justiça, cultura felicidade humana ou uma consciência tranqüila. Se a liberdade de mim mesmo, de minha classe ou de meu país depende da infelicidade de um grande número de outros seres humanos, então o sistema é injusto e imoral. Mas se eu mutilo ou perco minha liberdade individual, de forma a reduzir o opórbrio de tal desigualdade e, desse modo, não amplio substancialmente a liberdade individual de outros, ocorre uma perda absoluta de liberdade. Tal situação pode ser compensada mediante um proveito para a justiça, para a felicidade ou para a paz, mas a perda permanecerá, e é confundir valores o fato de dizer-se que, embora minha liberdade “liberal” e individual possa ir por água a baixo, algum outro tipo de liberdade - “social” ou “econômica” - se ampliará.*

Segundo ainda Isaiah BERLIN (*op. cit.*, p. 142-143), “os conceitos ‘positivo’ e ‘negativo’ de liberdade desenvolveram-se historicamente em sentidos divergentes nem sempre através de passos reputáveis do ponto de vista da lógica, até que, no final do caminho, entraram em choque direto um com o outro”.

A abordagem de Isaiah Berlin é semelhante à que levava a cabo Harold J. LASKI (1945, p.17-65), que, considerando a liberdade como ausência de coação, procurou rechaçar a teoria idealista do Estado, especialmente Jean Jacques Rousseau e G. W. Hegel, que supõe uma “*liberdade real*” acima das individualidades. Para Harold Laski, que considera a limitação do poder político essencial para a liberdade dos governados, não se

pode confundir liberdade com autoridade, segurança econômica, propriedade ou outras condições necessárias ao gozo daquela, sendo que igualdade e liberdade são idéias complementares<sup>62</sup>, mas que não se confundem:

*En una comunidad como la nuestra, la presión del número y la diversidad de aspiraciones hacen necesaria la existencia de reglas y compulsiones. Cada una de ellas es una limitación de la libertad. Algunas son esenciales para obtener la libertad, pero ello no significa que dejen de ser limitaciones. (op. cit., p. 18)*

[...]

*... en cualquier Estado donde a libertad haya de orientarse hacia sus fines naturales, es importante que también exista igualdad.*

*Ahora bien; igualdad no es sinónimo de libertad (op. cit., p. 20).*

Nada obstante à primeira vista possa parecer de duvidosa serventia a distinção entre liberdade e igualdade, esta apreensão veicula justificável desconfiança relativamente aos conceitos absolutos ou idealistas de liberdade, que historicamente levaram ao crescimento do poder Estatal e ao engendramento de regimes totalitários, que praticamente aniquilaram a liberdade individual, nada obstante o fizessem sob a bandeira mesma da liberdade (real, concreta, não burguesa etc). Ineludivelmente, a busca de maior igualdade, ou de liberdades positivas, em regra impõe uma maior intervenção estatal, com perda para a liberdade individual.

Fazer referência a esta diversidade de concepções com relação ao sentido da palavra liberdade é oportuno a fim de se chamar a atenção para este importante ponto de desacordo entre o “neoliberalismo” e o chamado liberalismo social, e também com relação ao socialismo. Pelo que se pode notar, enquanto a perspectiva do liberalismo social inclina-se para o reconhecimento de uma significação ampla da palavra-idéia liberdade, a exemplo do que se extrai das frases de Franklin Dellano Roosevelt e John Kenneth Galbraith, a visão neoliberal tende a restringir o sentido de liberdade, de forma a não confundi-la com igualdade-justiça, felicidade ou bem-estar. É lícito considerar que para a visão neoliberal é necessário que se tenha claro a distinção entre liberdade e outros valores sociais para que se possa verificar se estamos mais ou menos próximo deste objetivo.

<sup>62</sup> No trecho, LASKI (op. cit., p. 21), discordando de Lord Acton, assinala que liberdade e igualdade não são tanto conceitos antitéticos como o são complementares. Não foi este, contudo, o conceito de liberdade



Como já assinalado (item 3 *supra*), a distinção acima foi registrada por Ubiratan Borges MACEDO (1995, p. 39), que elegeu este como um dos critérios para separar “neoliberais” de liberais sociais, fazendo anotar que *“Os neoliberais entusiasmam-se com a definição negativa das liberdades preconizadas e rejeitam ou põem em segundo plano as liberdades positivas. Os liberais sociais não dão maior significado à distinção”*<sup>63</sup>.

A verdade é que, não raro, os conceitos positivo e negativo vem de tal modo amalgamados, que se torna difícil reconhecê-los, como aliás, se pode perceber nas definições modernas de liberdade antodas por J. CRETELLA JÚNIOR (1986, p. 12 *et seq*):

*“Liberdade é o poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe, por si só, seu comportamento pessoal” (Jean Rivero)*

*“Liberdade é a qualidade daquilo que não está sujeito a nenhum tipo de constrangimento, físico, intelectual, psicológico ou moral. É uma qualidade negativa, já que resulta precisamente da ausência de qualquer constrangimento” (Jacques Robert).*

*“Liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento [...] O homem é livre na medida em que o Poder não lhe possa impor atitude para a qual não deu consentimento, direto ou indireto” (Georges Burdeau).*

## **2.5. Liberdade e a contradição na democracia liberal**

O Estado liberal surgiu, historicamente, da oposição ao absolutismo, situando-se a luta pela liberdade individual (ausência de coerção) no núcleo da doutrina, reconhecido no Estado o principal inimigo a este tipo de liberdade. José Guilherme MERQUIOR (1991, p. 17-18) lembra que o liberalismo nasceu com a Revolução Gloriosa de 1688, caracterizando-se como um movimento contra o abuso do poder estatal, daí porque a atenção com uma técnica de limitação deste mesmo poder.

Paulo BONAVIDES (1993, p. 27) assinala que *“Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”*. No mesmo sentido, assevera Umberto CERRONI (1993, p. 64) que *“A reivindicação da liberdade individual é o grande mérito histórico*

---

de Laski que mais se difundiu.

<sup>63</sup> Evidente que tal ponderação, contudo, não poderia servir jamais para incluir Harold Laski entre os neoliberais, levando-se em conta as considerações do autor que foram aqui destacadas.

*do liberalismo*". Esta bandeira da liberdade individual constitui-se uma referência para o neoliberalismo.

Não se pode esquecer que, para o incipiente liberalismo do século XVIII, a aceitação da igualdade entre os homens, que é um dos alicerces da doutrina dos direitos naturais, constituiu-se um duro teste, pairando na atmosfera um pressentimento de que a ampliada participação popular na esfera política poderia levar a uma restrição cada vez maior à liberdade individual. Pode-se considerar, como o faz Norberto BOBBIO (1988, p. 7-8), que *"o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela ampliação do sufrágio universal"*. Ainda hoje parece inegável que a busca de maior igualdade, para que contribuiu o alargamento do conceito de liberdade, tende a acentuar a tensão que reside no centro da experiência da democracia liberal.

Tem razão Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1979, p. 3) ao afirmar que *"toda tentativa de estabelecer a igualdade de condição repercute em cerceamento da liberdade"*.

Já Ignácio da Silva TELLES (1977, p. 80) oferece uma feliz síntese desta relação algo tensa entre liberdade e igualdade, que reside na experiência da democracia liberal:

*As duas idéias essenciais da democracia, liberdade e igualdade, assim como foram apresentadas pelos pensadores da era do iluminismo, e assim como se desenvolveram na teoria política das ideologias modernas, são dois conceitos que, na prática, se hostilizam e se excluem.*

*A liberdade possibilita o desenvolvimento das diferenças entre os homens. E os homens, sendo dotados de inclinações as mais diversas e deixando-se plasmar por perspectivas diferentes, criarão condições em que alguns poucos dominarão os outros muitos, e estes outros, dominados, deixarão de ter a liberdade apregoada. O resultado da liberdade é, primeiramente, a desigualdade econômica, acarretando a desigualdade social e desigualdade de oportunidades.*

*Diante de uma situação de injustas desigualdades, o Estado pode interferir para nivelar as condições de vida. Mas, interferindo, fere a liberdade dos poucos poderosos; e quanto mais procura impor a "justiça" igualitária, mas vai cerceando a liberdade, sempre para maior número de cidadãos, até suprimi-la de vez, para todos.*

Pode-se dizer que essa "contradição em termos" recolhida pela liberal-democracia ao abraçar ideais como liberdade e igualdade é reconhecida por outros importantes autores. Paulo BONAVIDES (*op. cit.*, p. 37 *et seq*), por exemplo, chega a atribuí-la à simbiose havida entre as idéias de Rousseau e Montesquieu: enquanto o primeiro

pretendeu realizar o ideal democrático do Estado soberano como representante da *vontade geral*, o segundo ocupou-se com estabelecer forma de controle ao poder estatal, oferecendo uma teoria acabada acerca da separação dos poderes, tendo por objetivo último a limitação a este poder.

Norberto BOBBIO (1988, p. 8) faz lembrar que um Estado liberal pode realizar-se sob outras formas que não a democrática<sup>64</sup>. E Hans KELSEN (1993, p. 143), a seu turno, reconhece certo antagonismo entre os princípios da democracia, considerada “governo do povo”, e do liberalismo, afirmando que enquanto para aquela “o poder do povo é irrestrito”, a doutrina liberal “*implica em restrição do poder governamental, seja qual for a forma que o governo possa assumir. Também implica a restrição do poder democrático*”.

Isaiah BERLIN (*op. cit.*, p. 142) foi mais longe, reconhecendo não haver conexão entre liberdade individual e norma democrática, sendo tênue a relação entre aquela e a democracia. Segundo o autor ...

*não há nenhuma conexão necessária entre liberdade individual e a norma democrática. A resposta à pergunta 'Quem me governa?', do ponto de vista da lógica, é distinta da pergunta 'Até que ponto o governo interfere comigo?'. É nesta diferença que consiste, no final, o grande contraste entre os dois conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa”.*

Mais que ponderável, pelo que se vê, o argumento de que ao liberalismo importa mais a restrição dos poderes do Estado, tendo em vista assegurar a maior liberdade individual possível, que com a determinação dos titulares do poder, embora na prática e historicamente este último aspecto não lhe tenha sido indiferente.

Convém assinalar, e aí afirma-se um dos porquês da recusa à extensão do sentido de liberdade, que a igualdade admitida pelo liberalismo tradicional é apenas a formal, *na lei e perante a lei*, já que a desigualdade real constituir-se-ia não apenas uma realidade incontornável, mas também um importante elemento a serviço do aprofundamento do senso de responsabilidade individual e também do desenvolvimento social. Daí porque afirmar-se que cada coisa é o que é, que liberdade não se confunde com condições materiais de existência. E embora disto não se possa deduzir que o liberalismo seja alheio

à pobreza e outros problemas sociais ou que procure estimular as desigualdades, pode-se certamente inferir que se trata de uma doutrina que, por natureza, se opõe ao igualitarismo, que tem na ideologia socialista seu mais ilustre exemplo, mas que Isaiah Berlin (*apud* NOZICK, 1994, p. 376, nota 41) aponta como uma tendência quase que natural, já que em regra a “*igualdade não precisa de razões, só a desigualdade*”.

Esta certa tendência ao igualitarismo, mais ideológica que simplesmente natural, tende a ser reconhecida pelos neoliberais em algumas concepções ligadas aos fundamentos e ao funcionamento do regime democrático.

Alguns dos maiores constitucionalistas pátrios ilustram esta referida tendência ao igualitarismo. José Afonso da SILVA (1990, p. 115), por exemplo e com forte em lição de Pinto Ferreira, considera a igualdade “*o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas substancial*” (*op cit.*, p. 117). Esta abordagem do acatado constitucionalista paulista tende ao igualitarismo haja vista não distinguir adequadamente os fins dos meios, podendo-se concluir, a partir dela, que a igualdade real entre os homens constitui-se o escopo da vida social sob a inspiração democrática, perspectiva que não nos parece adequada à construção de uma sociedade livre.

Embora não se possa desconhecer que o conceito de democracia se tenha alargado, a crítica neoliberal tende a sustentar que considerações como a acima, ao privilegiarem a questão da igualdade, identificada com o ideal de justiça, deixam num segundo plano o objetivo que se apresentaria como o mais fundamental na história humana, a saber: a liberdade.

Não cansam de lembrar os liberais ligados à tradição que os ideais democráticos fundados no igualitarismo engendraram, de modo geral, regimes totalitários, as chamadas democracias reais ou sociais, ou centralizadores e paternalistas e que, sob este aspecto, a liberdade e o “ideal democrático” estão em nítida tensão. Sob este aspecto, oportuna a reflexão de CRETELLA JR. (*op. cit.*, p. 18), que faz por observar que “*Em nome da liberdade, alguns sistemas políticos endeusam a economia dirigida que, repartindo com equanimidade as riquezas, dignificaria a pessoa humana*”.

---

<sup>64</sup> Isto parece ser cada vez mais improvável tendo em vista as garantias e liberdades individuais, gravadas no constitucionalismo e pressupostas na doutrina liberal.

Assinala-se, assim, que a diferença substancial entre o liberalismo e o socialismo localiza-se precisamente no fato de que a preocupação básica do primeiro tem sido a liberdade, ainda que se possa admiti-la em sua dimensão social, enquanto ao socialismo preocupa fundamentalmente a igualdade concreta, notadamente no que se refere à distribuição do produto social, o que se pretende alcançar com o fim da propriedade privada e da sociedade dividida em classes. Tendo isto em mente é que Paulo BONAVIDES (*op. cit.*, p. 11 *et seq*) acentuou na Revolução Francesa o ideal de liberdade, e na Revolução Bolchevique a busca da igualdade.

Em sentido contrário à concepção igualitarista, Hans Kelsen (1993, p. 99) teve oportunidade de, em obra política<sup>65</sup>, assinalar, com a autoridade de grande jurista, que a idéia central da luta pela democracia é pela liberdade e não pela igualdade:

*É o valor da liberdade e não o da igualdade que determina, em primeiro lugar, a idéia de democracia. Certamente a idéia de igualdade também participa da ideologia democrática, embora, como já vimos, em sentido totalmente negativo, formal e secundário. De fato, uma vez que todos devem ser livres na maior medida possível, todos devem participar da formação da vontade do Estado e, conseqüentemente, em idêntico grau. Historicamente a luta pela democracia é uma luta pela liberdade política, vale dizer pela participação do povo nas funções legislativas e executiva. A idéia de igualdade, por ser diferente da idéia de igualdade formal na democracia, isto é, da igualdade dos direitos políticos, nada tem a ver com a idéia de democracia. Isto fica claramente demonstrado pelo fato de a igualdade material não a igualdade política formal - poder ser realizada tão bem ou talvez melhor em regimes ditatoriais, autocráticos, do que em regime democrático.*<sup>66</sup>

Mesmo o sociólogo Alan TOURAINE (1996, p. 26-27), que não deixa de reconhecer o papel fundamental exercidos pelos defensores do conceito positivo de liberdade, teve oportunidade de admitir que ...

*Para ser democrática, a igualdade deve significar o direito de cada um escolher e governar sua própria existência, o direito à individuação contra todas as pressões que se exercem em favor da 'moralização' e normalização. É sobretudo nesse sentido que os defensores da liberdade negativa têm razão contra os defensores da liberdade positiva".*

Importante considerar, assim, que se encontra presente nas diversas concepções de liberdade e de sua relação com o ideal democrático um certo tipo de resposta ideológica à

<sup>65</sup> Faz-se a referência tendo em vista a crítica neoliberal

<sup>66</sup> O "historicamente" de Hans Kelsen pode suscitar fecundas controvérsias, sendo importante assinalar que o jurista ocupa-se de distinguir entre democracia formal e democracia social. A propósito, o texto foi

seguinte indagação: até que ponto a lei e o Estado prestam-se a garantir a liberdade e a partir de que momento constituem-se ameaça a esta? ou, de forma mais atualizada, se deve haver um limite, e qual, à atuação estatal, admitido tratar-se de um ente moral a serviço da liberdade?

O tema liberdade apresenta-se implicado, ainda, com a abordagem de questões amplas, a exemplo da globalização. É que, de fato, pode-se vislumbrar na rejeição por atacado a processos engendrados pela globalização a legítima recusa à intervenção de países e organismos internacionais (BID, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial etc) em assuntos internos. Trata-se, assim, de uma rejeição à heteronomia, à imposição de políticas engendradas por entes estranhos ao corpo social e, de certa forma, impostas irresistivelmente. Esta espécie de abordagem, hodiernamente, vem associada à grande maioria das críticas às reformas estruturais identificadas como neoliberais. Neste sentido, o que se tem em mente outra coisa não é que a idéia de liberdade enquanto autonomia, mais precisamente, sob a perspectiva do direito internacional, a idéia de autodeterminação dos povos e de soberania nacional<sup>67</sup>.

## **2.6. Considerações sobre o Estado, o poder e o Direito**

O Estado, que na filosofia de G. W. Fiedrich Hegel aparece como “*a realidade da idéia moral*” (apud BONAVIDES, 1993, p. 120), em Thomas HOBBS (1979) foi personificado no monstro bíblico Leviathan. E também Friedrich W. Nietzsche se referiu a ele como o mais frio de todos os monstros<sup>68</sup>. Deus terreno ou monstro impiedoso, há, certamente, nesta seara, filosofias e Estados para todos os gostos.

Nada obstante as filosofias, que em muito influenciam os desdobramentos históricos, nos dias de hoje parece não haver sérias divergências acerca da necessidade do Estado, carecendo de penetração as previsões acerca de seu inevitável desaparecimento.

---

objeto de crítica do marxista Galvano Della Volpe (*Crítica à Ideologia Contemporânea*, trad. Manuel Braga da Cruz. São Paulo: Mandacaru, 1989: 105-114).

<sup>67</sup> A propósito, anotamos que tais princípios permanecem inscritos na Carta Constitucional de 1988, designadamente no art. 4º, incisos I e III.

<sup>68</sup> O famoso trecho encontra-se no livro *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*, trad. Mario da Silva. São Paulo: Circulo do Livro, 1986, p. 65.

Prevalece, no dizer de Krader (*apud* DALLARI, *op. cit.*, p. 64), uma atitude neutra, um consenso que pode ser expresso na frase segundo a qual “*o Estado não é um monstro, nem é o instrumento perfeito da satisfação dos desejos humanos*”.

Mesmo o polêmico Robert NOZICK (1991), considerado um importante nome do “neoliberalismo” (Cf. item 4 *supra*), não chega a defender a extinção do Estado, o que vem a ser próprio da ideologia anarquista, que vislumbra uma imoralidade intrínseca no poder de coerção. Ora, Nozick considera o aparecimento do Estado um fenômeno inevitável, associado à natureza social do homem, e chega a identificá-lo com uma agência de proteção dominante. Sem embargos, sua tese fundamental é de que somente um Estado mínimo é moralmente justificável, porque um Estado mais extenso tende a violar direitos individuais<sup>69</sup>. Investe o filósofo de Harvard não propriamente contra o Estado, mas sim contra o Estado que vai além da realização de certas funções específicas, o que, a seu ver, inevitavelmente, acarreta coerção injusta<sup>70</sup>.

Como se vê, portanto, nada obstante um certo consenso alcançado quanto à sua garantida longevidade, ainda divergem as ideologias quanto ao papel do Estado, o que se depreende inclusive pelos conceitos propostos, havendo ainda pontos de conflito entre as teorias elaboradas com vistas a descrever os aspectos fundamentais da realidade estatal, especialmente com relação ao seu funcionamento e justificação.

Não vindo ao caso incursionar pela teoria geral do Estado com vistas à extração de um conceito ideal, parece apresentar-se adequado aquele formulado por Dalmo de Abreu DALLARI (1980, p. 56), que pretende ser tão universal quanto possível, vazado em termos de “*ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem-comum de um povo situado em determinado território*”. De ampla aceitação também o conceito de Rudolph von Jehrning (*apud* BONAVIDES: 1986, p. 53), que se refere à “*organização social do poder de coerção*”.

<sup>69</sup> NOZICK (*op. cit.*, p. 247-8) chega, no entanto, a admitir a possibilidade de um Estado mais amplo que o mínimo, resultante da aplicação do princípio da reparação, no caso de injustiças passadas serem muito amplas.

<sup>70</sup> Sob este aspecto, portanto, parece mais razoável considerá-lo um libertário deixando de lado a referência a anarco-capitalista, expressão esta que pretende sugerir uma ideologia anarquista distanciada do socialismo, vale dizer individualista. Considerado um enfoque marxista, a expressão, ao menos do ponto de vista econômico, chega mesmo a ser redundante, visto que o capitalismo já seria por si um

Idealizado ou não, é difícil dissociar Estado da idéia de poder ou força. Estes são elementos que, explícita ou implicitamente, estão presentes na totalidade das conceituações. Mesmo aceitando uma definição jurídica como a de Dalmo de Abreu Dallari, ou ainda a de Hans Kelsen (1992, p. 190), em termo de “*ordem jurídica, centralizada*”, a idéia de força estará presente, já que resta por pressuposto o direito, que é por si uma ordem coercitiva, uma organização da força (Kelsen, *op. cit.*, p. 25-28), vale dizer, um sistema de normas dotadas de sanção, traço este que precisamente as distingue das normas simplesmente morais. Assim, parece adequado considerar este aporte sociológico, o que não quer dizer, no entanto, que a realidade estatal ou o direito, acaso considerados fenômenos distintos, resolvam-se inteiramente no elemento força, apenas que este é um dos aspectos destacados do funcionamento do Estado.

Conforme já assinalado, foi exatamente em decorrência do temor ao poder concentrado e absoluto que surgiu o constitucionalismo e o Estado Liberal. E embora Lord Keynes, e muito antes dele Platão, tenha chegado a sugerir que o poder em mãos certas não constitui uma séria ameaça (Hayek, 1985, p. 82, nota 3), ainda reflete na ideologia abraçada por alguns liberais o alerta de Lord Acton (*apud* Hayek, 1990, p. 134) no sentido de que “*Todo poder corrompe, e o poder absoluto corrompe de maneira absoluta*”.

A corrupção em seu sentido mais amplo é, assim, inerente ao poder, seja fundado no elemento popular, seja ele de feição elitista. Conforme assinalado por Montesquieu (s.d., p. 133), para quem o poder vai até onde encontre limites, “*Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder*”. E é nesse ponto que vem à tona a contradição que reside no seio da democracia liberal, que resultou da união de princípios de natureza distinta, um a serviço da limitação do poder e outro ligado à atribuição de poder ao povo.

Não se pode recusar que, de certo modo, a preocupação da doutrina liberal primitiva com a contenção do poder, mais do que em qualquer outra época, se apresenta neste século como uma questão atualíssima, visto que a ação estatal hodiernamente se

---

sistema de produção anárquico. A propósito, ainda, da nomenclatura “anarco-capitalista”, ver Andrew Vincent (*op. cit.*, p. 126).



mostra alheia a limites. De uma parte, porque a muitos tem parecido irrecusável a formulação segundo a qual a sociedade industrial requer uma intervenção crescente do Estado em todas as esferas da vida social e mesmo privada. De outra, porque o positivismo jurídico acabou por minar os limites que outrora impunha a doutrina dos direitos naturais.

Dalmo de Abreu DALLARI (*op. cit.*, p. 64), oferece uma excelente síntese do contexto atual das relações entre o Estado e o indivíduo, em que se não se vislumbra qualquer limite intransponível à atuação do Estado:

*No século XIX aceitava-se como exceção a interferência do Estado nos assuntos em que fosse predominante o interesse individual, sendo raros os que não eram assim considerados. A situação atual é oposta, pois existe a consciência de que nada interessa exclusivamente ao indivíduo e mesmo quando uma prática se relaciona direta e imediatamente com interesses individuais sempre se pensa nas repercussões sociais, o que é suficiente para justificar uma eventual interferência do Estado.*

Sem perder de vista o desentendimento acerca do conceito de liberdade e a realidade da sociedade moderna, parece ser oportuno descrever em grandes linhas o quadro em que, segundo parece, se tece a oposição neoliberal à mítica deste poder ilimitado, que é o democrático, pois sem dúvida este tem favorecido o infrene intervencionismo estatal em sua ampla face. Fá-lo sob a proteção indevassável da idéia de soberania absoluta, que já se encontrava em Thomas Hobbes mas que foi retomada por Jean Jacques Rousseau com uma conformação popular.

Note-se que, como uma repetição da história, parece que a força de propagação da crítica neoliberal ao Estado, e talvez seu motor, deita raízes, principalmente, em questões de natureza econômica-financeira, encontrando nos efeitos indesejáveis do intervencionismo econômico e no fiscalismo do Estado o terreno fértil de que talvez não dispusesse na idade de ouro do Estado Social.

Em Max WEBER (1994, p. 34), que em muito contribuiu para difundir a perspectiva segundo a qual o Estado fundamenta-se na força, sendo esta seu instrumento específico, encontra-se um adequado ponto de partida para se tecer as linhas gerais do quadro que se pretende brevemente destacar. Assim o sociólogo descreveu o Estado :

*Uma empresa com caráter de instituição política denominamos Estado, quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes.*

[...]

*É evidente que, para associações políticas, a coação física não constitui o único meio administrativo, tampouco o normal. Na verdade, seus dirigentes servem-se de todos os meios possíveis para alcançar seus fins. Entretanto, a ameaça e, eventualmente, a aplicação desta coação são seu meio específico e constituem a ultima ratio sempre que falhem os demais meios.*

Do conceito de Max Weber, extrai-se o elemento essencial para a percepção do funcionamento do Estado Moderno: o exercício da força ou do poder por meio de um quadro administrativo, uma estrutura burocrática<sup>71</sup>, pode-se dizer por uma espécie de elite.

De outra parte, do conceito de Max Weber se extrai a necessidade de uma teoria de legitimação, por meio da qual se possa compreender em que a força estatal (poder político) difere do mero exercício da força bruta, não estranho, por suposto, a um hipotético “estado de natureza” de tipo hobbesiano. É dizer, o que faz o monopólio da força pelo Estado, que implica em uma forma específica de dominação, tornar-se legítimo<sup>72</sup>? A propósito, José Guilherme MERQUIOR (1980, p. 47-48) assinala que o Estado rousseuaniano não é o Estado Leviathan de Hobbes, pois, dessacralizado, o poder político sujeita-se a uma constante verificação de legitimidade.

Como, de fato, observou Jean Jacques ROSSEAU (1978, p. 26), que pode ser considerado o pai da teoria da legitimidade do Estado Democrático, força não faz direito e só se está obrigado a obedecer os poderes legítimos. Na passagem afigura-se clara a ligação entre poder estatal e direito, que poderia permitir até mesmo se vislumbrar a identificação total entre ordem jurídica centralizada e Estado, como quer a doutrina positivista de Hans Kelsen, para qual legitimidade e legalidade são conceitos que se identificam (Cf. KELSEN, 1987, P. 223 *et seq*; FERREIRA FILHO, 1988, p. 43).

Segundo Leon Duguit (*apud* Modesto Marques OLIVEIRA, 1987, p. 32-33) “*Le État est fondé sur la force; mais cette force est légitime lorsque'elle s'exerce conformément au droit [...] la puissance politique est la force mise au service du droit*”.

<sup>71</sup> Já ROUSSEAU (1978) assinalava a distinção entre Estado e Governo, mas esta distinção parece ter se dissolvido na mística da soberania popular da democracia representativa.

<sup>72</sup> O conceito de legitimidade aqui considerado é aquele sugerido por Ives Gandra MARTINS FILHO (*op. cit.*, p.20): “força vinculante da norma, capaz de gerar sua observância espontânea, dado o reconhecimento social da justiça do comando legal”.

OLIVEIRA (*op. cit.*, p. 32-33), associando poder à força empregada legitimamente, procura descrever com tintas fortes esta realidade:

*A verdade é que sem Força não há Direito a não ser dentro da cabeça de pensadores, e sem Poder não há Estado, a não ser na elocubração doutrinária. E o poder a que me refiro é a mesma force légitime que s'exerce conformément au droit. Enfin, o que chamo de poder é o que Duguit chama de puissance politique, pois, tanto o meu Poder como a puissance politique de Duguit podem ser definidas, - por ele, Duguit - como la force mise au service du droit, entendido o droit, aqui, como Jus.*

Afirma-se, assim, que a força legitimada pelo direito (*jus* = ordem jurídica) constitui-se o poder político, sendo este o núcleo da realidade estatal. E a idéia de que ordem jurídica legitima o Estado leva a se indagar acerca do fundamento que legitima essa ordem jurídica. A relevância da questão, de certo modo estranha ao positivismo jurídico, está em que, de certa forma, implica em se indagar da moralidade do Estado, cuja existência acarreta indubitavelmente a restrição à liberdade individual, aqui considerada como condição negativa e absoluta (ausência total de coerção, interferência), com recurso último à violência.

Ives Gandra MARTINS FILHO (1992, p. 13), seguindo as lições de Norberto Bobbio, entende ser a justiça o “*fundamento legitimador do direito positivo*”, o que equivale a dizer que este se legitima por meio de um valor, isto é, a norma do direito positivo só será legítima se corresponder a uma norma de justiça. Sob este aspecto, portanto, a legitimidade do direito positivo (*jus*) depende de uma norma ou teoria de justiça<sup>73</sup>.

Hans KELSEN (1979, p. 18-88), contudo, sustentando que a ciência do direito deve manter-se afastada do fato social e do valor, procurou evidenciar as falácias do que ele denominou “relativismo axiológico” ocupando-se de demonstrar a independência total entre as normas de direito e as normas de justiça, e mesmo a conflituosidade entre elas. Às diversas normas de justiça de tipo metafísico ou racional, Kelsen opõe argumentos lógicos que procuram ressaltar o terreno nada sólido sobre o qual se erige algumas destas normas, que vão do puro e simples vazio à mera tautologia.

<sup>73</sup> Tal concepção coloca apenas um degrau a mais a se escalar, conforme adiante se demonstrará.

Nada obstante, entretanto, a muito bem formulada crítica geral de Hans Kelsen às normas de justiça mais difundidas, restando assentado seu entendimento acerca da inexistência de um critério objetivo de justiça, é possível aproximar a visão de Kelsen da teoria da legitimidade rousseauiana. Deixa transparecer o jurista alemão, com efeito, uma certa simpatia pelo princípio de justiça que tem por fundamento a idéia de liberdade, considerada *“do mais alto valor político”* (op. cit., p. 62). Este parte da concepção originária de liberdade individual (de conteúdo negativo e caráter anti-social) evoluindo de modo a contemplar a chamada liberdade social:

*A liberdade (=libertação) da ordem normativa tem de tornar-se liberdade sob a ordem normativa, a liberdade individual tem de transformar-se em liberdade social. Se tem de existir uma ordem normativa que vincule os homens na sua conduta recíproca, ela apenas poderá ser uma ordem erigida com base no assentimento dos indivíduos que lhe vão ficar submetidos. Pois o homem apenas deve, ou - como por vezes também se formula - apenas pode ser vinculado da sua própria vontade. (KELSEN, op. cit.: 63)*

Eis acima a idéia de liberdade que se encontra na base da teoria do contrato social do jusnaturalismo individualista: poder de autodeterminação. É a partir dela que se constrói a teoria da justiça como liberdade. Para tal teoria, segundo Kelsen (op. cit., p. 65), *“Somente será justa uma ordem social instaurada através do acordo dos que lhe estão subordinados, ou seja, afinal, através de contrato ou deliberação unânime”*, unanimidade esta que acaba por resolver no princípio da maioria e tende a despreocupar-se relativamente à limitação ao poder governamental. Kelsen (1995, p. 21) teve oportunidade de afirmar, ainda, que *“‘Justiça’ significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça ‘sob o Direito’”*.

Tem-se, portanto, na explanação desenvolvida aqui em grandes linhas, que o Poder é a força mediada pelo Direito, sendo este a força mediada pela justiça, que, por sua vez, é o valor subjetivo individual ou social mediado pelo consenso.

### 2.6.1. A questão do consenso

Ao se aceitar o consenso, construído no mais das vezes a partir de valores e expectativas individuais, como base da idéia de justiça e, portanto, como elemento legitimador da ordem jurídica, elege-se o contratualismo como sintaxe para racionalizar

tanto o político quanto o jurídico, chegando mesmo a confundir-se tais perspectivas. Conforme Nicola Matteucci (In: BOBBIO, 1992: 272), parte-se de uma sintaxe que se funda numa *“categoria tipicamente privada, que evidencia a autonomia dos sujeitos, como é o contrato [...] colocando assim como base de toda a juridicidade o pacta sunt servanda”*. Para KELSEN (1979, p. 66) *“É este o ideal de justiça da democracia liberal que garante a liberdade da economia, a liberdade de crença, a liberdade de ciência”*.

Note-se que esta espécie de redução individualista, segundo Miguel REALE (1996, p. 644 *et seq*), elege o contratualismo como a *“alavanca do Direito na época moderna”*.

A crítica neoliberal a este quadro leva em conta que se admite, assim, pouquíssimos limites ao poder estatal normatizante, a exemplo do que se poderia considerar a partir de uma teoria dos direitos naturais. De mais a mais, segundo a perspectiva do positivismo jurídico, a legislação e o direito tendem a serem vistos como uma única realidade, devendo apenas observar-se, na normatização, conexões formais de validade que se desdobram a partir de uma hipotética norma fundamental.

O consenso, no entanto, é no mais das vezes apenas fictício, pois no momento da eleição dos representantes, mecanismo próprio à divisão social do trabalho, não há que se cogitar de deliberação para assuntos específicos, valendo a força do voto das maiorias ocasionais, que às vezes sequer dispõem de informações suficientes acerca dos candidatos e programas de governo, para conferir um mandato irrestrito. Já num segundo momento, o da elaboração da lei, o consenso é atingido, de modo geral, por meio de uma política que contempla em grande parte os interesses particulares e de grupos de pressão reconhecíveis. O fato é que grandes massas são representadas por uma pequena elite, sendo que esta, como depositária da soberania absoluta, não se depara, em regra, com limites ponderáveis que a impeçam de interferir em qualquer esfera da vida individual ou social, em detrimento ou benefício seja lá de quais setores da sociedade.

Umberto CERRONI (*op. cit.*, p. 136) descreve com grande vivacidade estes riscos que rondam as democracias:

*Como sistema político baseado no consenso institucionalizado, a democracia move-se sempre entre dois riscos igualmente graves. De uma parte, de fato, obter o consenso pode acabar sendo uma operação meramente instrumental para conduzir uma política de poder (consenso passivo). De outra*

*parte, a busca do consenso pode degenerar na promoção demagógica de qualquer interesse. Em ambos os casos, observe-se, emerge uma idêntica tendência de abandonar a perspectiva “clássica” segundo a qual o consenso deveria conduzir ao desenvolvimento dos interesses particulares até o nível do interesse geral. Em vez disso, tem-se uma pura política dos interesses contratados e intercambiados entre si sem a construção de uma política capaz de ultrapassar a economia de curto prazo e enfrentar grandes problemas de civismo e de cultura.*

O próprio Jean Jacques ROUSSEAU (1979), em seu *Do contrato social*, mostrou-se atento para este viés do princípio da maioria. É precisamente contra os particularismos de maiorias casuais, comumente confundidos com a *vontade geral*, que se volta Rousseau, e não propriamente contra o individualismo, conforme anota Lourival Gomes Machado (*op. cit.*, p. 121, nota 415), já que este apresenta-se como necessário para se chegar àquela. A *vontade geral* pretende expressar, na visão idealista do filósofo, a busca da totalidade, do “eu-comum”, não confundível com a vontade de todos ou da maioria, mas com o que há de comum nas vontades de cidadãos iguais e livres quanto à condução de assuntos do interesse comum. Esta mesma *vontade geral* é que tende a ser traduzida por bem-comum ou justiça.

O processo político que se instaura sob o signo do democratismo, isto é do poder inquestionável das maiorias circunstanciais, acaba por favorecer que os governantes legislem incontinentemente seja para o atingimento de fins particulares, seja de forma demagógica (leis inexecutáveis) a fim de se perpetuar no poder, ou, ainda, a fim de fazer prevalecer as suas visões de mundo, distanciando-se cada vez mais de um ideal universal de justiça.

Os neoliberais, que, pode-se dizer, de modo geral, não vêem em Rousseau um grande amigo da liberdade, procuram colocar em evidência que também o poder democrático deve conter-se em determinados limites, pois o direito deve, por natureza e princípio, prescrever normas de conduta abstratas e tão universais quanto possível, que favoreçam a liberdade individual, de forma que cada indivíduo possa planejar sua própria vida segundo suas próprias concepções, sem prejuízo da existência de algumas limitações impostas que se possa impor face à concepção social de liberdade.

## Capítulo III. As idéias de F. A. Hayek

### 3.1. *Justificando a escolha*

Dentre o rol de autores que poderiam ser identificados com o “neoliberalismo”, conforme exposto no capítulo I, pretende-se privilegiar o nome de Friedrich Auguste von Hayek.

A escolha do nome de Hayek liga-se a diversos motivos, sendo de se ressaltar apenas os mais relevantes. Em primeiro plano, o interesse pelas idéias do autor decorre do destaque que o autor confere ao conceito de Direito, elevando este a categoria fundamental para a compreensão do funcionamento de uma sociedade livre. Como corolário, a severa crítica ao positivismo jurídico, ideologia responsável pelo infrene intervencionismo estatal em todos os setores e também pelo advento do Estado Legal. Por fim, a aproximação realizada entre o Direito e mercado, ambos encarados como ordens espontâneas, o que vem a favorecer uma análise e compreensão mais adequada acerca do funcionamento destes dois complexos sistemas sociais.

Ainda uma outra razão importante contribuiu para que a escolha recaísse sobre o nome do anglo-austriaco F. A. Hayek, a saber: o fato de ser ele considerado por alguns autores (cf. Capítulo I) o “pai do neoliberalismo”, o que reserva às suas idéias e obras, notadamente as que se ocupam de temas de filosofia política, um lugar de destaque para a identificação de alguns importantes aspectos desse movimento intelectual que suscita tantas polêmicas, notadamente ao transbordar para a *praxis* política. É dizer, a escolha, de certa forma, carrega em si uma pretensão paradigmática.

Sem ignorar a relevância e a influência de nomes como Karl Popper, Milton Friedman, James Buchanas, Lionel Robbin e outros, mas levando-se em conta os objetivos específicos do trabalho, ligados essencialmente ao estudo do Direito, quer parecer a escolha significativamente adequada, tanto mais por fugir das grandes elocubrações que poderiam suscitar as dúvidas quanto à classificação deste ou daquele autor como neoliberal.

É de se registrar que, dentre a caudalosa produção de Hayek, levou-se em consideração para a elaboração do presente capítulo, os livros *O caminho da servidão* (1984), *Os fundamentos da liberdade* (1983) e, destacadamente, a trilogia *Direito, Legislação e liberdade* (1985).

Nos itens seguintes cuida-se de explicitar algumas de suas idéias fundamentais para a compreensão dos temas aludidos.

### **3.2. Algumas referências à obra de Hayek no Brasil**

Não deixando de registrar suas contribuições para a teoria econômica e o Prêmio Nobel com que foi laureado em 1974<sup>74</sup>, uma breve biografia de F. A. Hayek (1899-1992) deveria destacar a sua fundamental preocupação com as condições para a manutenção da Sociedade Livre, dentre as quais a compreensão dos limites do conhecimento humano e da importância da observância de princípios gerais. Esta preocupação essencial, segundo parece, é que faz com que o economista incursione pela filosofia política e pela teoria geral e história do direito, objetivando desfazer mitos fundados em uma compreensão equivocada da evolução das instituições jurídico-políticas.

Ao ver de F. A. Hayek, para que tenha sido possível a existência da Grande Sociedade fez-se necessária a observância de princípios gerais, que servissem de alicerce para o estabelecimento de expectativas adequadas, contribuindo para que os indivíduos tivessem condições de buscar seus próprios e diversos objetivos, sem sofrer interferências. Na seara do direito, estes princípios prestam-se a limitar todo poder de coerção, garantindo uma ampla esfera de liberdade aos indivíduos, que não pode ser desconsiderada com fundamento em razões de Estado, sob pena de se aniquilar a ordem existente.

Alguns dos principais livros de F. A. Hayek encontram-se traduzidos para o português, tendo o autor, inclusive, em mais de uma ocasião visitado o Brasil, sendo sua

---

<sup>74</sup> O prêmio de 1974 foi atribuído também a Gunnar Myrdal, economista sueco.



obra conhecida e admirada por alguns ilustres juristas pátrios, alguns chegando a compartilhar de muitas de suas opiniões.

Na obra mais conhecida de Vicente RÁO (1991, p. 151, n. 93), encontra-se uma alusão ao livro *O caminho da Servidão*, cuja leitura é pelo autor sugerida, sendo lícito considerar que o ilustre jurista compartilhasse de algumas das considerações de Hayek. Segundo RÁO (*op. cit.*, p. 151), que viu com olhos críticos a excessiva intervenção do Estado, “*não há caminho mais certo para conduzir a essa escravidão [dos regimes totalitários] do que o uso e abuso das planificações e dos monopólios do Estado que, ademais, confundem socialização com estatização e, assim, suprimem, ao poucos, todas as liberdades individuais*”.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1990, p. 34) é outro conhecedor e divulgador da obra de F. A. Hayek, tendo o emérito constitucionalista também em suas conferências e livros se dedicado a impedir que o Brasil continue a trilhar o “caminho da servidão”. Em seu livro *Estado de Direito e Constituição*, em que se encontra referência a *Dos fundamentos da liberdade e Direito, legislação e liberdade*, FERREIRA FILHO (1988) cuida precisamente de ressaltar a diferença entre Estado de Direito e “Estado Legal”, expressão cunhada por Carré de Malberg (*apud* FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 39)<sup>75</sup>.

Na seara do direito econômico, João Bosco Leopoldino da FONSECA (1995, p. 43), fundamenta-se em Hayek, nomeadamente em *Direito, legislação e liberdade*, para explicitar a distinção entre ordens feitas (*taxis*) e ordens espontâneas (*kosmos*). E também em Izabel VAZ (1993, p. 268, 492 e 493) encontram-se alusões a excertos de *O caminho da servidão*, relativamente a planejamento e livre iniciativa. Deve-se assinalar, ainda, que a importante contribuição de Fernando Facury SCAFF (1990) para a revisão da teoria da responsabilidade do Estado apoia-se em algumas considerações que podem ser encontradas na obra de Hayek, cujos livros *O caminho da servidão* e *Fundamentos da liberdade* são referidos pelo aludido autor.

---

<sup>75</sup> FERREIRA FILHO (*op. cit.*, p. 43) considera a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a “*doutrina jurídica do Estado Legal*”.

Sem embargos de ser conhecida por juristas importantes, quer parecer que o conjunto de sua obra não foi objeto de nenhum estudo sistemático oriundo do meio jurídico.

Embora o sentido atual de que se revestem muitas das considerações de Hayek, inclusive para a teoria geral do direito e para o direito público de modo geral, o conjunto de suas idéias parece, ainda, suscitar mais atenções entre filósofos políticos e economistas que entre juristas. Causa menos estranheza este fato, contudo, quando se tem em mente a grande influência do direito continental europeu e do positivismo, de Augusto Comte a Hans Kelsen<sup>76</sup>, sobre as instituições político-jurídica brasileiras. Sob este aspecto, é de se notar que melhor se ajusta às idéias expostas pelo economista e filósofo político o modelo jurídico anglo-saxão do *common-law*, pelo qual não esconde grande simpatia.

Tendo em conta que para parte significativa dos juristas brasileiros a conhecida diferença entre direito e legislação não tem, ao que parece, suscitado reflexões mais aprofundadas acerca da distância existente entre um verdadeiro Estado de Direito e o Estado atual, restando as explanações correntes, em geral, voltadas para a idéia de supremacia da lei, soberania absoluta e de separação dos poderes, pareceu oportuno abordar, com destaque e sob a perspectiva jurídica, as idéias de F. A. Hayek.

Considerada a perspectiva do positivismo jurídico, não é de se estranhar que o direito econômico tenha ganhado significativa projeção e que as regras jurídicas veiculadoras dos planos econômicos, sob a égide das razões de Estado, tenham conseguido ir tão longe, nada obstante violadoras dos mais mezinhos princípios de Direito, sendo algumas apenas tardiamente contidas pelo Poder Judiciário<sup>77</sup>. Avançassem em direção a outras perspectivas, as instituições jurídicas e a dogmática forjada por juristas e operadores do direito no Brasil, mantendo-se mais apegadas aos princípios que orientam o Estado de Direito em sua concepção original, talvez muitos dos planos

<sup>76</sup> Norberto BOBBIO (1995, p. 15) faz por ressaltar que a origem do positivismo jurídico (início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico, nada obstante os positivistas jurídicos também o fossem, antes, positivistas filosóficos. A forte relação entre ambos é inescandível e encontra guarida na obra de F. A. HAYEK, inclusive explicitamente (1985, V. II, p. 74-75, nota 74).

<sup>77</sup> Cite-se, para fins ilustrativos, o caso da Medida Provisória n. 168/90, *magnum opus* do governo do Presidente Fernando Collor de Melo.

econômicos e dos atos de violenta e injusta intervenção na ordem econômica e jurídica<sup>78</sup>, que de modo geral trouxeram mais prejuízos que benefícios no médio e longo prazo, poderiam ter sido abortados na origem<sup>79</sup>, pouco importando pretendessem fundamentar-se no “interesse público”, “na ordem pública” ou nas “razões de Estado”, conceitos que, tautologicamente, remetem ao próprio Estado e ao direito positivo<sup>80</sup>.

Assim, aspecto importante a considerar é que a mudança de perspectiva, que vem favorecida pelos ventos da globalização, pode favorecer a maior de compreensão do funcionamento da ordem econômica em uma Sociedade Livre e sua necessária ligação com a ordem jurídica e o Estado de Direito.

Importa assinalar que, sob a concepção de um Estado Social e do desenvolvimento estimulado, os governos tendem a desconhecer o conteúdo original da idéia de Estado de Direito, isto é, um Estado fundado em sólidos e bem conhecidos princípios e que imponha limitações a todo poder arbitrário, inclusive àquele que avoque a titularidade última do chamado interesse público, em que pese o argumento da representação legítima da vontade geral e da soberania absoluta.

Um outro aspecto importante a ressaltar a atualidade do presente estudo para nossos meios, refere-se a inexistência, de modo geral, de uma compreensão unívoca quanto ao funcionamento espontâneo da ordem de mercado<sup>81</sup> e seus efeitos. De fato, não se tem por muito visível a relação quase que direta entre intervencionismo desmedido e desorganização dos mercados enquanto sistemas de informações. Muitos ainda resistem a aceitar a realidade de que conseqüências ruinosas necessariamente advêm de alterações inopinadas e constantes das “regras do jogo”. Não é tão assente a concepção segundo a qual é imperioso o estabelecimento de limites ao exacerbado intervencionismo estatal, que engendra uma legislação casuística e conjuntural, não subordinada a princípios gerais, de modo a se evitar um ordenamento jurídico caótico, oneroso e instável.

<sup>78</sup> Pode parecer uma contradição falar-se em intervenção do Estado na ordem jurídica, sendo importante esclarecer que se tem em mente nesta passagem é a noção de direito identificado com *nomos*, como ordem espontânea e autogeradora (cf. infra).

<sup>79</sup> Por meio de controle preventivo de constitucionalidade, por exemplo.

<sup>80</sup> A propósito, ver Eros Roberto GRAU (1990, p. 29). O autor, reportando-se ao entendimento de Luciano Parejo Afonso e Affonso Cezar Pereira, considera o interesse público a grande questão do direito administrativo e que, nada obstante, não é adequadamente discutida, o que resulta em transformar a doutrina jurídica em “*ventriloquia de todo poder estabelecido*”.

As considerações acima fazem com que a escolha do autor e do tema pareça oportuna, especialmente em se levando em conta a tão falada “reforma neoliberal” do ordenamento jurídico brasileiro já em curso, a começar por alterações importantes em dispositivos da Constituição Federal de 1988 ligados aos direitos sociais e econômicos.

### **3.3. Evolução cultural: ordens espontâneas e Sociedade Aberta**

Se se pretendesse, consideradas as obras selecionadas para o presente estudo, buscar uma idéia essencial a partir da qual fosse possível apresentar as concepções esposadas por F. A. Hayek de forma ampla, o termo “evolução cultural” pareceria configurar-se uma boa escolha.

O conceito de evolução cultural, que antecede o conceito biológico de evolução e às idéias de Charles Darwin<sup>82</sup>, liga-se à concepção segundo a qual a formação de estruturas sociais complexas deve-se à evolução seletiva de normas e práticas (HAYEK, 1985, V. III, p. 160 *et seq*). Constituem-se exemplos dessas estruturas o Direito, a sociedade, o mercado etc.

Na concepção de Hayek, ao contrário do que se pode erroneamente supor, a mente e a cultura desenvolveram-se concomitantemente as estruturas sociais são o resultado desta evolução e não propriamente decorrentes da razão ou intenção humanas, seja de uma pessoa seja de um determinado grupo. É dizer, nada obstante frutos da ação humana, estas instituições não foram propriamente “criadas”; decorrem, isto sim, de um processo de triagem de acordo com as vantagens diferenciais que vem a trazer aos grupos que as adotam. A formação espontânea destas estruturas complexas é que permitiu que o

---

<sup>81</sup> Frise-se, tal como concebida por uma concepção evolucionista (cf. 2.2. *infra*).

<sup>82</sup> Segundo F. A. HAYEK (1985, V. I: 21-23), Charles Darwin teria aplicado a perspectiva social em seus estudo de biologia e, a seu turno, os chamados “*darwinistas sociais*”, que supostamente desconheciam a teoria social a respeito, pretenderam transplantar as idéias de Darwin para a teoria social, incorrendo em graves equívocos, a saber: a) “*tomar por objeto a seleção dos indivíduos e não a seleção de instituições e práticas; a seleção de aptidões inatas dos indivíduos e não a daquelas transmitidas culturalmente ...*”; b) divulgar “a idéia de que a teoria da evolução consiste em “leis da evolução”. Afirma HAYEK (*op. cit.*: 23), que “*As pretensas lei de evolução geral, supostamente derivadas da observação, na verdade não têm qualquer relação com a legítima teoria da evolução, que explica o processo. Originam-se de*

homem atingisse o atual estágio da civilização. Com efeito, tornou possível o trajeto realizado pela humanidade, partindo das hordas primitivas à comunidade estabelecida e, por último, chegando à Sociedade Aberta ou Grande Sociedade.

O conceito de Sociedade Aberta, Grande Sociedade ou, ainda, de Sociedade Livre, aproxima-se ao de civilização moderna e se opõe ao de sociedade fechada, tribal ou primitiva<sup>83</sup>. Enquanto a primeira é baseada em normas abstratas de conduta justa, aplicáveis a todos indistintamente e permitindo aos indivíduos voltarem-se para a concretização de seus próprios objetivos, a sociedade fechada seria fundada em sentimentos de lealdade pessoal e em normas coercitivas voltadas para a concretização de fins específicos, a que todos do grupo devem se submeter (HAYEK, 1985, V. II, p. 169 *et seq*).

Observa F. A. HAYEK (*op. cit.*, p. 171) que ...

*Enquanto na sociedade tribal a condição da paz interna é a dedicação de todos os membros a certos propósitos comuns visíveis, e portanto à vontade de alguém com poder para decidir quais serão esses propósitos no momento apropriado e como deverão ser alcançados, a Sociedade Aberta de homens livres é possível apenas quando os indivíduos só tem a obrigação de obedecer normas abstratas que delimitam o domínio dos meios de que cada um pode dispor para a consecução de seus próprios propósitos.*

Contrariamente ao *ethos* da sociedade fechada, que impõe a realização de objetivos determinados e visa a satisfazer necessidades específicas de pessoas conhecidas, os sentimentos morais que possibilitaram o advento da Sociedade Aberta são fundados em um ideal de justiça impessoal e universal, a que corresponde normas abstratas de conduta justa, que, ao estabelecerem limites ao poder de coerção, se prestam a salvaguardar a liberdade individual.

Este novo *ethos* da Grande Sociedade “*considera dever essencial perseguir tão eficazmente quanto possível um fim determinado por escolha própria, sem atentar para a função que ele desempenha na complexa rede de atividades humanas*” (HAYEK, *op. cit.*, p. 172). Esta nova moral, que independe de um conhecimento acerca das pessoas e suas

---

*concepções do historicismo de Comte, Hegel e Marx, totalmente diversas, e de sua abordagem holística, e afirmam uma necessidade puramente mística de que a evolução siga certo curso predeterminado”.*

<sup>83</sup> O conceito foi utilizado por Karl POPPER, no livro *A sociedade aberta e seus inimigos* (1987). A propósito, também, Ubiratan Borges de MACEDO (1995, p. 45-56).

intenções, conhecimento este indisponível na Grande Sociedade, é que permitiu que a sociedade tribal se desenvolvesse em direção à civilização moderna.

A esta evolução correspondeu uma certa transformação nos padrões tradicionais de sociabilidade, atenuando-se a responsabilidade do grupo pela sorte de cada um dos indivíduos. Esta mudança pode ser considerada como um custo associado à necessidade de se estabelecer um critério impessoal e universal de justiça. Conforme assinala o autor (*op. cit.*, p. 173) ...

*O progresso moral pelo qual avançamos rumo à Sociedade Aberta, isto é, a obrigação de tratar da mesma maneira não só os membros de nossa tribo mas também as pessoas de círculos cada vez mais amplos e, por fim, extensiva a todos os homens, teve de ser adquirido ao preço de uma atenuação da obrigação imposta de visar deliberadamente ao bem-estar dos demais membros do mesmo grupo .*

A idéia de que as estruturas sociais complexas resultam de uma evolução e não de uma criação intencional introduz o conceito de “ordens complexas” ou, mais precisamente, de “ordem espontânea autogeradora ou automantenedora” Constitui-se esta uma categoria fundamental para a perspectiva hayekiana. Não por menos, Jean-François KERVEGAN (1991, p. 47) considerou-a “o centro de gravidade do pensamento de Hayek”.

Como o nome sugere, as ordens autogeradoras são estas estruturas sociais que não foram propriamente “criadas” pelo homem e nem oriundas de algum arranjo intencional. Formaram-se, em verdade, a partir da interação social de indivíduos na busca de seus próprios interesses.

Para F. A. HAYEK (1985, V. I, p. 36), a palavra ordem quer significar, neste contexto, “uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir de nosso contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas que tenham probabilidades de se revelar corretas”. A ordem será, assim, “uma adaptação a grande número de fatos particulares que ninguém conhecerá em sua totalidade” (*op. cit.*, p. 42). Embora se possa conhecer o caráter geral da ordem formada não há como se conhecer os detalhes específicos a partir dos quais esta se constituiu.

Em outra oportunidade, F. A. HAYEK (1983, p. 177) teve oportunidade de esclarecer, ainda, que ...

*Ordem, em relação à sociedade, significa [...] essencialmente que a ação individual é orientada por uma previsão eficaz; que os indivíduos não só usam eficientemente seus conhecimentos, mas também podem prever com um elevado grau de confiabilidade que tipo de colaboração é lícito esperar dos outros.*

*Essa ordem, ao implicar um ajustamento a circunstâncias, cujo conhecimento está disperso por um grande número de indivíduos, não pode ser estabelecida por um sistema que centraliza decisões. Só pode decorrer do ajustamento mútuo dos vários elementos e da sua reação aos eventos que atuam imediatamente sobre eles. É o que M. Polanyi definiu como formação espontânea de uma “ordem policêntrica”.*

Estas ordens surgem, portanto, da interação entre indivíduos que agem a partir das circunstâncias que são conhecidas por cada um, mas que não o são por todos. Assim, consideradas que não foram intencionalmente criadas por alguém, o que suporia um conhecimento de circunstâncias e fatos que estão além do que pode ser humanamente alcançado, disto decorre que também não podem ser livremente alteradas, sob pena de se colocar em risco sua própria estabilidade e, por consequência, o tipo de civilização que dela depende. A grande vantagem consiste exatamente em se permitir a todos utilizarem-se de um conhecimento disperso que ninguém individualmente detém.

A sociedade pode ser vista, segundo a ótica hayekiana, como a ordem social complexa mais abrangente (1985, V. I, p. 49), dentro da qual se vislumbra a existência de indivíduos e organizações.

Tendo em mente a idéia de evolução cultural e o conceito de ordem espontânea, F. A. HAYEK (1985, V. III, p. 176) critica o que denomina de “atavismo fundado em emoções primordiais” daqueles que pretendem reconstruir ou planejar as instituições sociais, impondo a moral da sociedade primitiva à Sociedade Aberta. É seu entendimento que ...

*Uma vez que devemos a ordem de nossa sociedade a uma tradição de normas que só compreendemos imperfeitamente, todo progresso terá de basear-se na tradição. Somos obrigados a nos fundar na tradição, podendo no máximo fazer pequenas alterações em seus produtos. A rejeição de uma norma estabelecida só pode ser justificada pela identificação de um conflito entre ela e nossas outras convicções morais.*

[...]

*Há sem dúvida, portanto, espaço para aperfeiçoamento, embora não possamos recriar, mas apenas aperfeiçoar o que não compreendemos plenamente. (op. cit., p. 178-179)*

A esta pretensão de reconstruir ou planejar racionalmente o que não foi propriamente criado F. A. Hayek opõe-se em diversas frentes. É o que considera uma concepção equivocada, em que está implícita a não distinção entre ordens espontâneas e as organizações criadas intencionalmente, e que tem provocado o declínio da razão.

Está presente em suas posições também a crítica a uma certa arrogância intelectual dos que consideram ilimitado o conhecimento humano. Conforme lembra o autor *“Se o iluminismo descobriu o papel atribuído no passado à razão humana na criação inteligente fora demasiado pequeno, estamos descobrindo que o papel que nossa era atribui à construção racional de novas instituições é excessivo”* (op. cit., p. 189).

Pode-se afirmar que F. A. Hayek duvida da sabedoria concentrada, dos que, a partir de uma pretensa visão da totalidade, pretendem planejar e reordenar livremente as instituições sociais, desconhecendo que estas em grande parte resultam da contribuição de muitos indivíduos não necessariamente movidos pelas mesmas motivações. Prefere, assim, o autor privilegiar a abstração e o conhecimento disperso entre todos os integrantes da Grande Sociedade.

Para HAYEK (1985, V. III, p. 135) ...

*Só os tolos acreditam saber tudo, e eles são numerosos. É por causa dessa ignorância que o governo pode apenas auxiliar (ou talvez possibilitar) a formação da configuração ou estrutura abstratas em que várias expectativas dos membros tenham uma correspondência aproximada, fazendo com que estes observem certas normas negativas ou proibições independentes de propósitos específicos. Tudo o que pode fazer é assegurar o caráter abstrato, mas não o conteúdo positivo, da ordem que irá emergir do uso que os indivíduos farão de seu próprio conhecimento com vistas a seus propósitos, por meio da delimitação de seus respectivos domínios com base em normas abstratas e negativas.*

### **3.4. Construtivismo: as ordens espontâneas vistas como organização**

F. A. HAYEK (1985: V. I, p. 3-5), distingue duas perspectivas, que podem ser referidas como escolas de pensamento, que conformam as diversas concepções acerca da estrutura das atividades humanas. De um lado o que denomina racionalismo evolucionista (crítico); de outro, o racionalismo construtivista (ingênuo).



Ao racionalismo construtivista, que tem sua origem em René Descartes e de que são exemplos o pensamento de Thomas Hobbes e de Jean-Jacques Rousseau, vincula-se a concepção em voga há já algum tempo segundo a qual *“todas as instituições sociais são e devem ser, produto de um plano deliberado”* (op. cit.: V. I, introdução, p. XLIV), vale dizer, são intencionalmente planejadas e construídas. Esta visão, que representa um *“verdadeiro retrocesso a modos de pensar de eras anteriores, antropomórficos”*<sup>84</sup> [...] e encontrou expressão na *idéia da formação da sociedade por meio de um contrato social*<sup>85</sup> (op. cit., p. 4-5), pode ser encontrada, por exemplo, em Rousseau, que considerava que a única lei era a criada pela vontade dos homens vivos. Segundo R. A. Palmer (apud HAYEK, op.cit., p. 5, nota 6), à parte constituir-se uma heresia, esta foi *“sua maior afirmação em teoria política”*<sup>86</sup>.

Para HAYEK (op. cit., p. 3 et seq), a perspectiva construtivista leva a conclusões falsas e pressupõe um conhecimento acerca de todos os fatos relevantes<sup>87</sup>, o que de forma alguma pode ser alcançado, por mais privilegiada que seja a mente que o pretenda. À esta percepção equivocada da realidade opõe o racionalismo evolucionista, que deriva basicamente do pensamento de Bernard Mandeville e David Hume, tendo sido elaborado por Adam Smith e Adam Ferguson com as contribuições posteriores de Wilhelm von Humboldt e do jurista F. C. von Savigny, este último o nome mais representativo da escola histórica do direito.

Para o racionalismo evolucionista, escola a que o autor filia também nomes como o de Edmund Burke, Henry Maine e Carl Menger, as instituições sociais são frutos da evolução e da experiência humanas (Cf. 2.2. *supra*).

No campo do direito é muito fácil perceber a penetração da perspectiva construtivista, pois esta se expressa vigorosamente na concepção positivista do direito. É muitíssimo difundida, notadamente em países cujo direito segue a tradição européia continental, a crença de que este é uma invenção intencional da mente humana e de que

<sup>84</sup> Exemplos destes “modos de pensar antropomórficos” podem ser vislumbrados em frases como “a sociedade é injusta”, ou “o mercado é injusto”.

<sup>85</sup> Importante registrar que tal consideração não significa, de forma alguma, que F.A Hayek seja contrário ao modelo hipotético da sociedade fundada no consenso.

<sup>86</sup> Como se verá, constitui-se este um dos pilares fundamentais do positivismo jurídico.

todas as leis são frutos de uma vontade consciente. Tem-se como corolário que as leis podem ser livremente alteradas e recriadas, especialmente tendo em vista atender a finalidades específicas e objetivos concretos.

Do positivismo jurídico deriva, destarte, uma certa tendência a se recusar o caráter de abstração que deve ser inerente às verdadeiras leis. Esta abstração, contudo, é essencial ao funcionamento das ordens complexas, que pressupõem fatores e circunstâncias impossíveis de se conhecer e se levar em conta. As intervenções *ad hoc*, visando alcançar objetivos específicos, a exemplo daqueles traçados por políticas governamentais, acarretam a necessidade de novas e maiores intervenções e, por não levarem à justa consideração os princípios que orientam a ordem complexa que é o Direito, ou o mercado, acabam por contribuir para o seu esgarçamento. De outra parte, tais medidas estimulam o engendramento de um sistema que tende ao planejamento central e, por consequência, a regimes totalitários, de que são exemplo o fascismo, o nazismo e o comunismo.

O que a concepção construtivista desconhece, efetivamente, é a significativa diferença existente entre ordens resultantes da evolução e ordens construídas.

F. A. HAYEK procura afastar a concepção construtivista, ou construtivística (1985: V. III, introdução XIV), de que toda ordem pressupõe intencionalidade e ordenação, distinguindo entre ordem espontânea e organização (ordens feitas), conceitos que os gregos antigos ligavam às palavras *kosmos* e *taxis*, respectivamente, e de que se utiliza o autor como termos técnicos para assinalar a importante diferença existente. Esclarece HAYEK (*op. cit.*: 38) que ...

*A ordem feita, a que já nos referimos como ordem exógena ou uma ordenação, pode ainda ser designada como uma construção, uma ordem artificial ou, especialmente quando estamos tratando de uma ordem social dirigida, como uma organização. Por outro lado, a ordem resultante da evolução, a que nos referimos como autogeradora ou endógena, tem sua designação mais adequada na expressão ordem espontânea.*

A percepção da existência de ordens autogeradoras constitui um momento importante do conhecimento humano. Considera, HAYEK não haver exagero em se afirmar que *“a teoria social começa com a descoberta da existência de estruturas*

---

<sup>87</sup> Os contrutivistas são para HAYEK (1983, p. 65), necessariamente, inimigos da liberdade, e confundem liberdade com caos. Não podem acreditar em instituições que tenham evoluído livremente.

*ordenadas que são produto da ação de muitos homens, embora não resultem de intenção humana, e que só devido a essa descoberta tem um objeto” (op. cit., p. 39).*

Assinalada a diferença entre *nomos* e *taxis*, a conclusão fundamental a que chega o autor é que somente as organizações, por serem concretas e pouco complexas<sup>88</sup> são passíveis de serem livremente alteradas, já que os seus elementos e funcionamento sujeitam-se à perfeita compreensão humana, considerado que foram intencionalmente criadas para atender a propósitos específicos. Em se tratando de ordens espontâneas, no entanto, seu grau de complexidade “*não se limita ao que a mente humana pode dominar*” (op. cit., p. 40). Estas, podendo alcançar qualquer grau de complexidade, compreendem regras de funcionamento que nunca são integralmente conhecidas, visto dependerem de uma infinidade de elementos. Disto decorre que não se pode alterá-las a fim subordiná-las a propósitos específicos sem interferir nas forças que a produzem e perturbar a ordem global.

A identificação da perspectiva construtivista e seus desdobramentos, dentre os quais, além do positivismo jurídico, todas as formas de socialismos e totalitarismos, vai servir de parâmetro para que se possa reconhecer ideologias que muitas vezes têm sido abordadas mais pelas diferenças reconhecíveis que pelas essenciais semelhanças. Pode-se dizer que F. A. Hayek identifica no construtivismo uma grande matriz ideológica dentro da qual conciliam-se diversas ramificações. Para HAYEK (1985, V. II, p. 67), o socialismo constitui “*a mais influente e respeitável forma de construtivismo*”.

### **3.5. Direito e Legislação**

A afirmação de F. A. Hayek de que o direito compreende uma ordem espontânea suscita a discussão em torno da natureza das inúmeras normas atualmente elaboradas, discutidas e votadas nos parlamentos. Algumas são certamente frutos da criação intencional enquanto outras decorrem da evolução espontânea, o que não impede que mesmo estas sejam no mais das vezes reconhecidas pelo legislador, vale dizer, assumidas

---

<sup>88</sup> Jean-François KEVERGAN (op. cit., p. 48), chamando a atenção para a característica da imprevisibilidade das ordens espontâneas, lembra que os sistemas complexos têm como propriedades serem autopoéticos e autotranscendente.

pelo ordenamento jurídico. O racionalismo construtivista, no entanto, favoreceu que estas duas espécies fossem tratadas como uma única realidade.

Ao ensejo de chamar a atenção para o grave equívoco dos construtivistas, procura Hayek relembrar a distinção, conhecida desde a antiguidade, entre direito e legislação, vale dizer, entre normas de conduta justa e normas de organização, estas últimas as que constituem matéria principal do chamado direito público<sup>89</sup> e para as quais foi reivindicado, diga-se com sucesso, o *status* de verdadeiras leis, quando no entanto não passam de normas voltadas para a administração.

As normas de conduta justa são identificadas por HAYEK (1985, V. I, p. 94) com a idéia original de Direito, com aquilo que os gregos antigos designavam *nomoi*, normas que só podiam ser alteradas por um complexo procedimento. A seu turno, as normas intencionalmente criadas são referidas como legislação, identificando-se com o conceito de normas organizacionais e correspondendo à palavra grega *thesis*, isto é, à idéia de “lei proveniente da legislação”.

F. A. Hayek, amparado em estudos de etologia e antropologia cultural, assinala o fato de que o direito é mais antigo que a legislação e que, possivelmente, precedeu à própria linguagem<sup>90</sup>, esta também um exemplo de ordem espontânea. Tendo possibilitado a existência pacífica dos indivíduos<sup>91</sup>, pode-se dizer que o Direito é, no mínimo, tão antigo quanto a sociedade.

A legislação, por seu turno, seria “*um invento relativamente recente na história da humanidade*” (*op. cit.*, p. 81-82), que não teria surgido antes da era clássica grega, tendo desaparecido para após ressurgir no final da Idade Média. De início, tratava-se apenas de descobrir o direito e não propriamente de inventá-lo, não se podendo precisar o momento em que se passou a admitir o poder da autoridade de criar e modificar livremente o direito.

<sup>89</sup> Para Hayek o que comumente se chama de direito público não é em realidade verdadeiro direito, mas apenas normas administrativas.

<sup>90</sup> A própria linguagem vem a ser um importante exemplo de ordem espontânea.

<sup>91</sup> Segundo Roscoe Pound (*apud* HAYEK, *op. cit.*, p. 114), “*em seu primórdios, o direito (...) tinha por finalidade, e por única finalidade, manter a paz*”.

Às autoridades investidas do poder de elaborar normas organizacionais coube o poder de modificar também as normas de conduta justa, não demorando que se reivindicasse para aquelas o mesmo *status* de que gozavam estas últimas.

Produto do racionalismo construtivista, a idéia de que toda lei é fruto da vontade irrestringível de um legislador e de que todo o direito deve fundar-se na legislação acabou, gradativamente, por determinar a identificação total entre lei e legislação, entre normas de conduta justa e normas meramente organizacionais.

Identificado o direito com a legislação, tornou-se esta o “*principal instrumento de mudança intencional da sociedade moderna*” (*op. cit.*: p. 72) e deu-se o que se conhece por publicização do direito, de forma que todos os atos da vida privada tornaram-se passíveis de sofrerem regulamentação e intervenção coercitiva por parte do Estado.

A diferença essencial, contudo, entre normas de conduta justas e normas organizacionais reside, precisamente, no fato de que enquanto as últimas dirigem-se a finalidades específicas e em geral prescindem do caráter de abstração, as normas de conduta justa têm como característica essencial exatamente esta dimensão de abstração e universalidade, que é o que lhes permite atender a um número infinito de propósitos e de situações e estabelecer limites para o exercício arbitrário do poder de coerção pelo Estado, favorecendo assim que se possam realizar as legítimas expectativas individuais. Este é o conteúdo e a finalidade do Direito enquanto ordem complexa autogeradora.

Segundo F. A. HAYEK (*op. cit.*: p. 99), ...

*O direito consistirá em normas independentes de propósito que rege a conduta dos indivíduos uns em relação aos outros, destinam-se a ser aplicadas a um número desconhecido de situações futuras e, ao definir o domínio protegido de cada um, possibilitam a formação de uma ordem de ações que em cuja esfera os indivíduos podem fazer planos exequíveis.*

É o entendimento que se extrai da afirmação de Roscoe Pound (*apud* HAYEK, *op. cit.*: 123, nota 14) de “*O objetivo do direito é impedir a mútua interferência entre seres conscientes e dotados de livre arbítrio. É ordená-los de tal modo, que cada um exerça a sua liberdade de uma maneira compatível com a liberdade de todos os demais, visto que estes devem ser igualmente considerados fins em si mesmos*”. É certo que não pode fazê-lo substituindo a arbitrariedade individual pela arbitrariedade dos governos.

Ao delimitar o domínio protegido de cada indivíduo, o Direito previne-os contra atos arbitrários e permite que se possam formar expectativas que, em sendo legítimas (não contrárias às normas de conduta justa), têm grande probabilidade de serem realizadas. Deste modo, faz por prevenir os conflitos que podem surgir do gozo das liberdades individuais. Daí porque afirmar F. A. HAYEK (*op. cit.*, p. 125), relembrando a tradição que remonta à Grécia antiga, que *“Direito, liberdade e propriedade constituem uma trindade inseparável. Não pode haver direito, no sentido de corpo de normas universais de conduta, que não determine limites dos domínios de liberdade, estabelecendo normas que possibilitem a cada um definir sua esfera livre de ação”*<sup>92</sup>.

Feita a distinção entre direito e legislação, fácil concluir que para o autor nem todas as normas emanadas do Estado devem gozar do mesmo *status*. Numa Sociedade Livre, regras que impliquem em exercício de poderes de coerção e que, portanto, impliquem em restrições à liberdade individual, devem conformar-se ao conceito de normas básicas de conduta justa. É por isso que na visão do autor o direito, enquanto *nomos*, constitui-se a salvaguarda da liberdade, sendo reconhecida esta relação de interdependência que os une.

Para F. A. Hayek a idéia de um legislador supremo, com poderes ilimitados, e de que só é lei aquilo que expressa a sua vontade, constitui-se um grave erro decorrente da concepção construtivista. Tal concepção coloca em risco os princípios sobre os quais erige-se a Sociedade Aberta.

### **3.6. Os inimigos do Estado de Direito**

Às vezes concentradamente, outras de forma dispersa em capítulos que abordam questões de filosofia política em geral, o tema Estado de Direito aparece em todas as obras de Hayek selecionadas para o presente estudo. Pretendendo, a partir delas, sintetizar as idéias de F. A. Hayek em torno do Estado de Direito, poder-se-ia afirmar que estas

---

<sup>92</sup> A propósito do tema, também a afirmação de que *“O direito - no sentido específico em que este termo foi constantemente, embora nem sempre coerentemente, usado desde a Antiguidade - foi visto por por uma sucessão de autores modernos, desde Grotius, passando por Locke, Hume e Bentham, até Emil Brunner, como inseparável da propriedade privada e, ao mesmo tempo, como condição indispensável da liberdade individual.”* (HAYEK, 1985, V. II, p. 67).

constituem-se apenas o corolário inevitável de sua argumentação acerca da diferença entre Direito e legislação.

Adverte o autor para o fato de que a idéia de Estado de Direito pressupõe um Estado fundado no Direito enquanto normas de conduta justa, que necessariamente limitem todo poder de coerção, favorecendo, deste modo, a liberdade individual e a realização de expectativas legítimas, que restam assim protegidas das arbitrariedades.

Já no livro *O caminho da servidão*, F. A. HAYEK (1990: p. 14 e 86 *et seq*) insistia que as experiências sociais e políticas que se pretendesse implementar fossem submetidas à prova do Estado de Direito, que pressupunha regras gerais, formais e aplicáveis a períodos longos. É dizer, o oposto do governo arbitrário.

Naquela oportunidade, chamava-se a atenção para o declínio do Estado de Direito, cujo ideal, ainda que expresso de forma vaga, remonta ao tempo dos romanos e que somente teve uma evolução consciente a partir da era liberal. Fez, assim, por assinalar que ...

*A idéia de que não há limites aos poderes do legislador é, em parte, fruto da soberania popular e do governo democrático. Ela tem sido fortalecida pela crença de que, enquanto todas as ações do Estado forem autorizadas pela legislação, o Estado de Direito será preservado. Mas isso equivale a interpretar de forma totalmente falsa o significado do Estado de Direito. Não tem esta relação alguma com a questão da legalidade, no sentido jurídico, de todas as ações do governo. Elas podem ser legais, sem no entanto se conformarem ao Estado de Direito.*

[...]

*Conferindo-se ao governo poderes ilimitados, pode-se legalizar a mais arbitrária das normas; e desse modo a democracia pode estabelecer o mais completo despotismo. (op. cit., p. 93)*

Em *Os fundamentos da liberdade*, F. A. HAYEK (1983, p. 181 *et seq*) teve oportunidade de aprofundar o tema, investigando as origens do Estado de Direito e do constitucionalismo, e a relação deste com a idéia de liberdade individual e de igualdade perante a lei.

A história do Estado de Direito, conforme exposta por F. A. Hayek, pode ser depreendida como a luta contra a arbitrariedade do Estado, que começou a utilizar-se da legislação como instrumento de política de governo já a partir os séculos XV e XVI, quando inicia-se o declínio da outrora clara distinção entre Direito e legislação. Conforme assinala F. A. HAYEK (*op. cit.*: p. 183 ) ...

[...] *na Inglaterra, o Parlamento, inicialmente um organismo descobridor de leis, transformou-se em criador de leis. Foi, por fim, na disputa sobre a autoridade de legislar, na qual as partes conflitantes se acusavam mutuamente de agir de forma arbitrária - ou seja, de não agir em conformidade com leis gerais reconhecidas -, que a causa da liberdade individual foi promovida inadvertidamente.*

Mais adiante (*op. cit.*, p. 194), observa que ...

*Embora os dois significados da palavra “arbitrário” fossem durante muito tempo confundidos, quando o Parlamento passou a agir tão arbitrariamente quanto o rei, começou-se a reconhecer que a arbitrariedade de uma ação não dependia da fonte da autoridade, mas de sua conformidade ou não com os princípios gerais do direito, preexistentes.*

A Constituição Americana, dentro de um contexto em que se vislumbrou um Parlamento inglês “*comprometido com o princípio da soberania parlamentar, ilimitada e ilimitável*” (*op. cit.*, p. 205), foi concebida exatamente como “*uma proteção do povo contra qualquer ação arbitrária, tanto por parte do Legislativo como dos outros organismos do governo*” (*op. cit.*: p. 209).

HAYEK (*op. cit.*, p. 249) sustenta coerentemente que o Estado de Direito, tal como foi o ideal originalmente concebido, vai além do constitucionalismo e que significa reconhecer limites a toda legislação. Segundo o autor, “*O Estado de Direito não é uma norma legal, mas uma norma que diz respeito àquilo que a lei deve ser, uma doutrina metalegal ou um ideal político*”.

Também na trilogia *Direito, legislação e liberdade* (1985), a relação entre Estado e direito está presente, notadamente quando Hayek assinala a significativa diferença entre direito e governo, que a concepção do positivismo jurídico fez por anular. A crítica de HAYEK volta-se contra o entendimento positivista de que em todo Estado prevalece o Direito e de que todo Estado é um Estado de Direito, corolário lógico da formulação errônea que é feita de Direito (1985, V. II, p. 64, nota 56).

Consideradas globalmente as obras referidas, pode-se afirmar, portanto, que há dois inimigos íntimos, mal distinguíveis, que se têm oposto ao ideal do Estado de Direito, tal como historicamente concebido, a saber: o positivismo jurídico e o que se poderia denominar de democratismo ou de governo com poderes ilimitados fundado em decisões majoritárias.



### 3.6.1. Crítica ao positivismo jurídico

HAYEK (1985, V. II, p. 57) esclarece que o positivismo jurídico tem sua origem em Jeremy Bentham, de onde John Austin teria derivado sua concepção de que “*“todo direito é estabelecido por um ser inteligente’ e de que ‘não pode haver lei sem um ato legislativo’*”.

Para F. A. HAYEK (op. cit., p. 61 *et seq*), o positivismo jurídico não passa de uma falsa ciência que se constrói a partir do desdobramento lógico de consequências advindas de uma definição equivocada de lei<sup>93</sup>. Trata-se, assim, de uma ideologia derivada da perspectiva construtivística, que não distingue entre normas organizacionais, de que são exemplos as instruções para se cumprir leis, e normas de conduta justa, que são as leis propriamente ditas.

Acerca da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, forma mais desenvolvida do positivismo jurídico, afirma HAYEK (op. cit., p. 64-65) que ...

*Reconhecidamente, ela não é uma ciência factual empírica, e poderia pretender, no máximo, ser uma ciência no sentido em que o são a lógica e a matemática. O que de fato faz é meramente desdobrar as consequências de sua definição de ‘lei’, da qual se segue que a ‘existência’ de uma norma é o mesmo que sua ‘validade’, e que esta é determinada por sua derivabilidade lógica a partir de uma hipotética ‘norma fundamental’ - embora o elemento factual da ‘eficácia’ do sistema global de normas ao qual pertence também seja introduzido, de maneira nunca satisfatoriamente explicada.*

De fato, segundo a doutrina monista do positivismo jurídico só são verdadeiras normas aquelas emanadas do Estado. Para tal perspectiva, as verdadeiras regras constituem-se em determinações condicionais para funcionários aplicarem sanções.

Partindo, portanto, da concepção antropomórfica de que o direito resulta invariavelmente de uma vontade consciente, o positivismo jurídico constituiu-se um fundamental instrumento para que se propagasse amplamente a confusão entre Direito e legislação. É dizer, entre normas abstratas de conduta justa e normas meramente organizacionais. A este propósito, assinala HAYEK (op. cit.: p. 58) que ...

<sup>93</sup> Herbert L. A. HART (1961, p. 46), um dos autores em que se baseia a crítica de Hayek ao positivismo jurídico, já havia se referido ao preço demasiado alto pelo qual a uniformidade obtida foi comprada: “*o de distorcerem as diversas funções sociais que os distintos tipos de regra jurídica cumprem*”. HAYEK (1985, V. II, p. 72) vê na obra de Hart “*uma das críticas mais eficazes ao positivismo jurídico*”.

*É evidente que, no que diz respeito a normas jurídicas de conduta justa, e particularmente ao direito privado, a afirmação de que seu conteúdo é sempre uma expressão da vontade do legislador é simplesmente falsa. Isso, é claro, foi demonstrado repetidas vezes pelos historiadores do direito privado e, em especial, do common law. Aquela afirmação é verdadeira apenas no tocante às normas organizacionais que constituem o direito público.*

Para o autor (*op. cit.*, p. 64), a restrição do sentido de lei tem como propósito lançar descrédito sobre a concepção de que *“a coerção só é legítima para fazer cumprir normas universais de conduta justa igualmente aplicáveis a todos os cidadãos”*. Pretendeu-se com isto, segundo HAYEK (*op. cit.*, p. 67), *“... eliminar todas as limitações ao poder legislador que resultariam do pressuposto de que este tem o direito de fazer lei somente num sentido que limita substantivamente o conteúdo do que pode transformar em lei”*. Assim, conclui que *“O positivismo jurídico, neste particular, é simplesmente a ideologia do socialismo [...] e da onipotência do legislativo”*.

Não se deixa, portanto, de reconhecer o forte caráter ideológico que se extrai da Teoria Pura do Direito, que pretender negar considerações importantes acerca do objeto que elege como nuclear. E, efetivamente, as suas conclusões acerca da natureza do Direito constituíram argumentos usuais contra o ideal do Estado de Direito, tal como originalmente concebido.

A recusa de Hayek à redução do conceito de lei ao produto da vontade deliberada de um legislador implica em se recusar que o poder de fazer leis seja ilimitado. Para o autor (*op. cit.*, p. 107) ...

*O ponto de vista do positivismo jurídico de que não se deve impor limites efetivos ao poder do corpo legislativo supremo só seria convincente se fosse verdade que toda lei é sempre produto da ‘vontade’ deliberada de um legislador, e que nada poderia limitar efetivamente esse poder exceto outra ‘vontade’ do mesmo tipo. A autoridade de um legislador sempre se funda, porém, em algo que deve ser claramente distinguido de um ato de vontade acerca de um assunto específico em questão, podendo portanto ser também limitada pela fonte da qual o legislador deriva sua autoridade. Essa fonte é uma opinião consensual de que o legislador só está autorizado a determinar o que é certo em circunstâncias em que essa opinião se refere não ao conteúdo particular da norma, mas aos atributos gerais que qualquer norma de conduta justa deve possuir.*

HAYEK (*op. cit.*, p. 71) chega a afirmar que os comunistas foram mais honestos que Kelsen, pois ao menos admitiram que o comunismo significava a *“vitória do socialismo sobre qualquer tipo de direito e a ‘gradual extinção do direito como tal’*,

*porque 'numa comunidade socialista (...) todo o direito é transformado em normas fixas em questões de vontade e considerações utilitárias'".<sup>94</sup>*

Uma segunda crítica ao positivismo jurídico que se considera oportuno destacar dirige-se ao seu argumento de que é impossível se chegar a um conceito positivo de justiça, do que se inferiu a inexistência de um critério objetivo de justiça, reduzindo-se esta a uma questão de vontades, interesses e emoções.

Hans Kelsen não teria ido além de argumentar contra a possibilidade de uma prova positiva de justiça que pudesse servir para validar uma norma jurídica. Sob este aspecto, critica HAYEK (*op. cit.*, p. 54 *et seq*) suas errôneas conclusões, sustentando a possibilidade de uma prova negativa de justiça, *verbis*:

*O que se requer é simplesmente uma prova negativa, que nos permita eliminar pouco a pouco as normas que se demonstram injustas por não serem universalizáveis dentro do sistema de outras normas, cuja validade não é contestada. É, pois, pelo menos concebível que vários sistemas de normas de conduta justa possam satisfazer a essa prova. O fato de existirem idéias diferentes a respeito do que é justo não impede que a prova negativa de injustiça seja uma prova objetiva, a que diversos sistemas de normas desse tipo, mas nem todos, podem satisfazer. A busca do ideal de justiça (como a busca do ideal da verdade) não pressupõe que se saiba o que é justiça (ou verdade), mas apenas que saibamos o que consideramos injusto (ou falso). (*op. cit.*, p. 68-69).*

O positivismo jurídico, contudo, conseguiu efetivamente minar a crença em um critério objetivo e universal de justiça, levando a crer que esta se resume pura e simplesmente a uma questão de convicção pessoal, que não pode servir de fundamento de validade para normas jurídicas.

Em síntese, o positivismo jurídico reduziu o Direito à legislação e com isto serviu de instrumento eficaz para a propagação da idéia de que o poder do Estado é e pode ser ilimitado e ainda assim configurar-se um verdadeiro Estado de Direito. De outra parte, minou a crença na existência de um critério objetivo e universal de justiça, enfraquecendo mais esta concepção fundamental ao pensamento liberal.

Assim, na perspectiva hayekiana, não há dúvida que o positivismo jurídico se constituiu um dos maiores inimigos da liberdade individual e o fundamento adequado para a perversão do ideal democrático e do Estado de Direito, pois se apenas a legislação é Direito, não pode haver limites ao poder do Estado senão os estabelecidos pela própria

<sup>94</sup> A propósito do tema, ver, ainda, HAYEK (1983, p. 291 *et seq*).

legislação, donde se conclui que a liberdade individual não pode ser preservada (Cf. HAYEK, *op. cit.*, p. 68), ficando na dependência da boa vontade dos governos.

### 3.6.2. Crítica à democracia.

Quanto à questão da democracia, é conveniente, de início, registrar a grande estima de F. A. Hayek por este método específico de governo, este “*procedimento para determinação das decisões governamentais*” (1985, V. III, p. 7). Considera-o, sem dúvida, essencial para a preservação da liberdade, embora com esta não se confunda. Nas palavras de HAYEK (*op. cit.*, p. 7) ...

*Embora não seja em si mesma a liberdade (exceto para esse coletivo indefinido, a maioria 'do povo'), a democracia é uma das mais importantes salvaguardas da liberdade. Como o único método já descoberto de mudança pacífica de governo, é um desses valores supremos, embora negativos, comparável às medidas de precaução sanitárias contra epidemias, medidas de que dificilmente nos apercebemos enquanto são eficazes, mas cuja ausência pode ser fatal.*

A crítica de F. A. Hayek não é propriamente dirigida, portanto, à democracia enquanto ideal político, mas à forma que esta assumiu nos dias de hoje, particularmente sob a influência do positivismo jurídico e de outras formas de construtivismo: uma democracia que pende entre o totalitarismo e o plebiscitarismo (1985, V. III, p. 6).

Conforme se pode sentir, a crítica que Hayek dirige à forma que vem assumindo a democracia moderna é simplesmente um desdobramento da defesa incondicional que faz do ideal do Estado de Direito, conforme concebido desde a antiguidade e a que condiciona a preservação e o desenvolvimento da Grande Sociedade. Como já exposto, tem-se em mente um Estado fundado em normas de condutas justas, que são, por sua própria natureza gerais e abstratas, prospectivas em seus efeitos, conhecidas, claras e de certo modo imutáveis.

O grande mal da democracia moderna consiste precisamente em se tomar como certo que não se pode admitir qualquer limitação aos poderes do Estado. Trata-se da concepção de que o poder da maioria é irrestrito. Esta é a raiz do desprestígio que a tem rodeado de parte de pessoas sérias e atentas ao funcionamento das instituições democráticas. Nas palavras de HAYEK (*op. cit.*, p. 4) ...

*O engano fatídico foi julgar que a adoção de procedimentos democráticos permitia dispensar todas as outras limitações ao poder governamental. Isso fomentou também a crença de que o 'controle do governo' pelo legislativo democraticamente eleito substituiria adequadamente as limitações tradicionais, quando na realidade a necessidade de formar maiorias organizadas para defender um programa de ações específicas em favor de grupos especiais introduziu uma nova fonte de arbitrariedades e parcialidade, produzindo resultados incompatíveis com os princípios morais da maioria.*

Para o autor não resta dúvidas de que a idéia de soberania absoluta e ilimitada, animada pela concepção democrática de governo, tende à tirania das maiorias, conforme se pode verificar historicamente, isto seja o poder exercido apenas pelas elites parlamentares, seja ele compartilhado e influenciado por grupos de pressão.

No contexto atual das democracias, tende a torna-se o Direito simples instrumento para a concretização de fins específicos de grupos e indivíduos que representam maiorias ocasionais ou que gozam de considerável poder de pressão. Isto, à evidência, faz tabula rasa dos princípios expressos em possíveis normas abstratas de conduta justa, vistas estas como a serviço simplesmente da burguesia. Assim, confundido o Direito com a legislação, o critério da legalidade formal passa a ser o único e fragilíssimo empecilho às normas concretas voltadas para a consecução de fins determinados.

Uma das mais importantes considerações de Hayek sobre o tema é que, com fundamento no positivismo jurídico, difundiu-se com grande força a idéia de que tudo que resulta das decisões da maioria constitui-se expressão de justiça, não podendo, portanto, serem tidas por arbitrárias, o que, certamente, não é correto. A este propósito, insiste que não se deve perder de vista o significado do termo arbitrariedade. Segundo HAYEK (*op. cit.*, p. 10) ...

*'Arbitrário' significa [...] ação determinada por um vontade particular não submetida a uma norma geral - seja essa vontade a de um indivíduo ou a da maioria. O que deve portanto ser encarado como evidência de que seus integrantes consideram justo o que decidem não é o consentimento de uma maioria sobre determinada ação, nem mesmo sua conformidade com a constituição, mas apenas a disposição de um organismo representativo de se comprometer com a aplicação universal de uma norma que exige aquela ação específica.*

Vê-se, assim, que a arbitrariedade pode ocorrer sob a lei e uma constituição, sendo mesmo natural que tal se verifique dentro de uma proposta de reengenharia social e de modificação célere das instituições. De mais a mais, ressalta o autor que não é possível

se chegar ao um consenso global em torno de questões específicas, que envolvem uma infinidade de interesses e circunstâncias que ninguém conhece em sua totalidade, sendo que *“só um acordo acerca de normas gerais permite evitar conflitos que seriam inevitáveis se fosse necessário haver consenso sobre os diferentes detalhes”* (op. cit., p. 20). Uma verdadeira opinião da maioria só se pode alcançar, portanto, no que se refere a princípio gerais, que correspondem precisamente às normas de conduta justa.

Um outro aspecto importante assinalado por HAYEK (op. cit., p. 25 *et seq*) é que a própria estrutura dos governos democráticos têm contribuído decisivamente para que os poderes do Estado sejam ilimitados. Com efeito, considerada a diferença essencial entre normas de conduta justas e normas organizacionais, pode-se admitir que se tem concentrado as atividades de legislar e outras pertinentes às funções de governo em um único organismo, o que é extremamente prejudicial ao Estado de Direito.

Esclarece HAYEK (op. cit., p. 25) que *“Embora chamemos de ‘legislativos’, a maior parte de seu trabalho consiste não na explicitação e aprovação de normas gerais de conduta, mas no controle de medidas governamentais concernentes a questões específicas”*.

Levando-se em conta que a função de governar vincula-se à idéia de *“agir sobre questões concretas”* ou *“alocar meios específicos para fins específicos”* (op. cit., p. 28), nada tendo a ver com a função de estabelecer normas gerais de conduta, não há dúvida que a principal função dos parlamentos tem sido de natureza tipicamente governamental. Conforme assinala o autor, disto decorre que ...

*[...] o caráter das instituições parlamentares modernas tem sido inteiramente moldado por esses requisitos do governo democrático e não pelos da legislação democrática, no sentido estrito deste termo. A direção efetiva de todo o aparelho governamental, ou o controle da utilização de todos os recursos humanos e materiais sob sua supervisão, exige que a autoridade executiva seja permanentemente apoiada por uma maioria organizada e comprometida com um plano coerente de ação. O governo propriamente dito deverá decidir a todo momento quais das reivindicações específicas apresentadas por grupos organizados podem ser atendidas; e mesmo quando está restrito ao emprego daqueles recursos específicos confiados à sua administração, vê-se permanentemente obrigado a escolher entre exigências de diferentes grupos.*

Hayek reconhece também nas democracias atuais o que se poderia chamar de um verdadeiro e grave círculo vicioso decorrente da concentração de funções distintas em um único organismo: como o governo não conhece nenhuma limitação, podendo “legislar”

sobre todo e qualquer assunto, discriminando livremente e voltando-se para o atingimento de fins específicos, todos os grupos de interesse a ele se dirigem a fim de verem atendidos os seus objetivos particulares, sob o argumento de que são legítimos, seja sob a mítica da “vontade geral”, seja ao simples apelo à justiça da “maioria”; a seu turno, como dependem os governantes de aprovação da “maioria” para manter-se no poder, ficam estes à mercê de todas as pressões políticas, procurando atendê-las tanto quanto possível, o que somente leva a maiores pressões para atendimento, via legislação, de tantos outros interesses. Neste contexto não há limites ao poder governamental, tampouco algum espaço para a liberdade individual.

### 3.6.3. F. A. Hayek e Hans Kelsen: questões puramente intelectuais.

Ao que parece, da mesma forma que foi possível encontrar nas idéias de Jean Jacques Rousseau fundamentos para o terror jacobino e para o totalitarismo, acusando-o de antiliberal (Cf. MERQUIOR, 1980, p. 38), das conclusões a que levam a *Teoria Pura do Direito* e outros escritos de Hans Kelsen<sup>95</sup>, pode-se extrair fundamentos sólidos para se desacreditar totalmente o ideal do Estado de Direito, como historicamente concebido, isto é, como salvaguarda da liberdade individual contra atos arbitrários dos governos.

A partir do conceito de Direito que se extrai da Teoria Pura, tem-se como desdobramentos que todas as formas de Estado, inclusive as que tendem ao totalitarismo, podem preencher os requisitos do “Estado de Direito”, desde que se possa vislumbrar a existência de um procedimento formal de elaboração legislativa, que atenda ao requisito das conexões de validade entre as diversas normas, situando-se no cume a chamada norma fundamental.

Nada obstante, contudo, as divergências entre as idéias de Hans Kelsen e de F. A. Hayek parecem que ambos concordam francamente quanto a ser a liberdade um valor fundamental e a democracia um importante instrumento para sua preservação. De fato, constituiria um grande equívoco e uma grave injustiça atribuir a Kelsen uma posição favorável a qualquer espécie de governo totalitário ou às chamadas “democracias sociais”.

---

<sup>95</sup> Toma-se por referência aqui as obras consideradas por F. A. Hayek, não se levando em conta eventuais revisões posteriores.

A concordância quanto a valores essenciais, contudo, não impede que Kelsen, voltado para o seu “essencialismo metodológico” (Cf. HAYEK, *op. cit.*, p. 63, nota 55)<sup>96</sup>, chegue a conclusões que acabam por minar os fundamentos da ordem liberal. Estas conclusões, conforme procura assinalar HAYEK (*op. cit.*, p. 61 *et seq*), permitem vislumbrar em Kelsen um intelectual socialista. Admite o autor (*op. cit.*, introdução, p. XLV), a este propósito, que um dos resultados mais importantes da linha de pensamento contida na trilogia *Direito, legislação e liberdade*, consiste “na demonstração de que as diferenças entre socialistas e não-socialistas residem, em última análise, em questões puramente intelectuais, e não em juízos de valor divergentes”.

Para maior clareza do argumento, tome-se como um exemplo desses desencontros puramente intelectuais a questão da liberdade individual.

Kelsen atribui à liberdade, originalmente, caráter negativo, mas, por recusar a possibilidade também evidente de se conceber, em sociedade, uma autodeterminação absoluta, acaba por concluir que a única liberdade possível é a social. Até este ponto, parece que os autores sob enfoque não divergem essencialmente, embora talvez Hayek preferisse não fazer uso da expressão “liberdade social”. Enquanto, contudo, F. A. Hayek parece ver no Direito, conceito indissociável da idéia de justiça, a garantia fundamental da liberdade individual, as conclusões de Hans Kelsen encaminham-se para outros desdobramentos menos desejáveis sob a ótica liberal.

Com relação à liberdade, tem-se, na reflexão de KELSEN (1991, p. 278-279), que...

*A idéia de liberdade tem originalmente uma significação negativa [...] Tal liberdade é anarquia. Portanto, para fornecer o critério de acordo com o qual são distinguidos diferentes tipos de Estado, a idéia de liberdade deve ser assumir outra conotação, que a original, negativa. A liberdade natural transforma-se em liberdade política.*

*A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia.*

F. A. HAYEK (*op. cit.*, p. 68) assinala, a propósito de enfoques que admitem apenas esta forma de “liberdade social”, que “para os que vêem o poder do legislador

<sup>96</sup> O termo, extraído de Karl POPPER (1987, V. I, p. 45-46), refere-se “à teoria de que o objetivo de toda



*como necessariamente ilimitado, a liberdade individual torna-se uma questão 'sem salvação' [conforme admitido por Hans Kelsen] e liberdade passa a significar exclusivamente a liberdade coletiva da comunidade, i. e., a democracia". E, de fato, faz por anotar a passagem em que Kelsen afirma expressamente que "democracia, por sua própria natureza, significa liberdade" (op. cit, p. 68, nota 23).*

Tomadas como contrárias à liberdade individual e um fundamento adequado a todas as formas de democracias totalitárias, é possível reconhecer que as proposições de Kelsen carregam uma forte vocação antiliberal, tanto mais porque em sua teoria do Estado, este, embora registrando a ligação entre restrição da liberdade pessoal e crescimento da competência do Estado, chegara a esclarecer que ...

*Uma teoria científica do Estado não se encontra em posição de estabelecer um limite natural à competência do Estado em relação aos seus sujeitos. Nada na natureza do Estado ou dos indivíduos impede a ordem jurídica nacional de regulamentar qualquer matéria em qualquer campo da vida social ou de restringir em qualquer grau a liberdade do indivíduo. (KELSEN, 1992, p. 238).*

Importe assinalar que o notável jurista austríaco tinha muito claro os possíveis desdobramentos de muitas de suas conclusões, pois pareceu não desconhecer o caráter fictício que envolvem a idéia de vontade geral e de representação (Cf. KELSEN, 1993: p. 30 *et seq*), e mesmo os riscos advindos do princípio do próprio princípio da maioria, chegando a admitir que ...

*Mesmo aquele que vota com a maioria já não está submetido unicamente à sua vontade. Isso ele percebe quando muda de opinião. E, como essa mudança não traz conseqüências jurídicas, perceberá claramente que está submetido a uma vontade alheia ou, sem metáforas, a uma ordem que tem valor objetivo [...] Aquilo que antes, durante a fundação da ordem estatal, era escrupulosamente executado segundo uma idéia de liberdade e servia à proteção da liberdade individual torna-se uma prisão para o indivíduo quando ele não pode subtrair-se a essa ordem. e essa garantia individual.*

[...]

*Mesmo que o alcance do poder do Estado sobre o indivíduo fosse ilimitado, caso em que, portanto, a "liberdade" individual seria completamente aniquilada e o ideal liberal negado, ainda assim seria possível a democracia, contanto que tal poder estatal fosse criado pelos indivíduos a ele submetidos. (op. cit., p. 30, 31 e 32)*

Tomadas em conjunto as ~~suas~~ considerações de Kelsen tem-se que democracia equivale a liberdade. Sem embargos, a democracia pode significar, segundo ainda a sua linha de raciocínio, o fim da liberdade individual.

Considerados estes e outros aspectos é que Hayek pôde ver em Hans Kelsen um socialista, isto porque, em sua concepção, parece não ser possível conceber-se uma dissociação absoluta entre conhecimento científico e ideologia.

As advertências de F. A. Hayek apontam, destarte, para as grandes diferenças que podem resultar das pequenas divergências intelectuais, aspecto que parece encontrar nas concepções de Hans Kelsen um exemplo significativo.

Conforme observa HAYEK (*op. cit.*, p. 70-71), *“Não há como negar, conforme o reconheceram não só os adversários ferrenhos do positivismo, como Emil Brunner, mas, ao final, até mesmo velhos positivistas como Gustav Radbruch, que foi a predominância do positivismo o que deixou os guardiões do direito à mercê da nova investida do governo arbitrário”*.

F. A. HAYEK parece ter muito claro que algumas teorias construtivísticas levam a conclusões muitas vezes indesejadas por seu criadores, daí considerar que *“muitos dos fatores mais perniciosos deste mundo não são em geral mentes perversas, mas idealistas magnânimos, e que, em particular os fundamentos do barbarismo totalitário foram estabelecidos por scholars respeitáveis e bem intencionados que nunca reconheceram a própria prole”* (1985, V. I, p. 79)<sup>97</sup>. É este o caso que o autor parece vislumbrar em se tratando de defensores incondicionais da lógica do positivismo jurídico. Pequenas divergências intelectuais podem, neste campo, comprometer valores admitidos como essenciais.

<sup>97</sup> De certo modo, a depender da convicção ideológica, a advertência pode ser dirigida tanto aos construtivistas como aos evolucionistas. Não são poucos, com efeito, que advertem sobre os riscos do abstencionismo do Estado, que pode representar uma volta à “barbárie”. A propósito, o historiador Eric HOBSEBORN (In: Emir SADER, 1995: 15-30) fornece um breve esboço do que se pode chamar de cronologia da barbárie, mostrando contribuições à direita e à esquerda, que mal se distinguem.

### **3.7. Intervencionismo estatal: a questão das políticas governamentais**

Uma das críticas mais ácidas que se faz ao que, nesta exposição, é identificado com o “neoliberalismo” consiste em afirmar que a doutrina defende uma volta pura e simples ao Estado abstencionista, ao Estado vigia noturno, ao Estado Mínimo, enfim, à política do *laissez-faire*.

Sem que sejam desprezados possíveis interesses ideológicos por trás destas considerações, necessário reconhecer que se trata, efetivamente, de um crítica relevante, sendo oportuno, portanto, explicitar as considerações que acerca do tema se pode extrair das obras consultadas de F. A. Hayek.

Não há dúvida de que as idéias de Hayek tendem a se chocar com a concepção corrente de Estado Social, conceito considerado pouco preciso pelo autor (1983, p. 312), caso não se leve conta que a atuação governamental deve se conformar a normas de conduta justa.

Pode-se afirmar, assim, que é nítida a distância que há entre a sua visão de um Estado de Direito, que se funda em normas que são por natureza abstratas e universais, e um Estado que, voltado para a consecução de fins específicos como a justiça social, o bem-estar, o desenvolvimento ou a redistribuição de renda, tem suas ações limitadas apenas pelas regras procedimentais do processo democrático. Neste sentido, é que se pode admitir uma contradição flagrante na expressão Estado Social de Direito.

Para o autor, o conceito de justiça social ou distributiva, que tem sido anunciada como fim último do Estado Social ou do Estado Democrático, é, a rigor, numa Sociedade Aberta, destituído de qualquer conteúdo, constituindo-se este ideal, em verdade, um grande inimigo do Direito, que é considerado a salvaguarda da liberdade individual. Trata-se, com efeito, de mais uma expressão utilizada pelos construtivistas para justificar o planejamento central e a intervenção ilimitada do Estado em todos os setores, o que é feito por meio de normas voltadas para a realização de fins concretos, que não podem atender ao caráter de abstração e generalidade e poucas vezes se ajustam a normas desta natureza.

Esta intervenção estatal sem limites claros, inevitavelmente, implica em um planejamento cada vez mais centralizado com restrições crescentes à esfera de liberdade e também na derrocada do Estado de Direito, que, substituído pelo ideal do Estado Social de Direito, conforta arbitrariedades disfarçadas e intervenções cada vez mais amplas.

O argumento fundamental de HAYEK (1985, V. II, p. 82 *et seq*) contra o conceito de justiça social vincula-se ao fato de que ele pressupõe uma reivindicação de justiça que é dirigida à sociedade (ordem espontânea), como se esta tivesse fins específicos a atender.

Afora confundida com pobreza e infortúnios, a justiça passa a ser, conforme argumenta Bertrand de Jouvenel (*apud* HAYEK, *op. cit.*, p. 85, nota 8), *“uma qualidade não de um homem ou das ações de um homem, mas de certa configuração de coisas numa geometria social, não importando por que meios seja produzida. A justiça é agora algo que existe independentemente de homens justos”*.

Em se tratando de uma ordem econômica fundamentada no livre mercado, não tem qualquer sentido o conceito de “justiça social”, já que os resultados que decorrem deste processo não estão subordinados a fins específicos, dependendo de sorte, habilidade e das escolhas individuais. De outra parte, não se pode preservar esta ordem espontânea procurando obter um padrão ou resultado previamente determinados, o que dependeria do conhecimento integral de todas as circunstâncias envolvidas, o que não é possível nem mesmo com um planejamento centralizado. Conforme assinala HAYEK (*op. cit.*, p. 89) ...

*Ela [a justiça] evidentemente não se aplica à maneira pela qual os processos impessoais do mercado alocam o controle de bens e serviços a pessoas específicas: isso não pode ser justo nem injusto, porque os resultados não são pretendidos ou previstos, dependendo de uma multiplicidade de circunstâncias que ninguém conhece em sua totalidade. A conduta de indivíduos, nesse processo, pode perfeitamente ser justa ou injusta; mas, como suas ações inteiramente justas terão para outros conseqüências que não foram nem pretendidas nem previstas, esses efeitos não se tornam, dessa forma, justos ou injustos.*

Em outras passagens é dedicado espaço ao enfrentamento e aprofundamento das posições assumidas, concluindo-se que o conceito de justiça social e as concepções que o sustentam são no mais das vezes puramente emocionais, poder-se-ia dizer que em parte decorrentes do atavismo primitivo e da compreensão insuficiente do funcionamento de uma ordem espontânea. O que interessa para o momento é registrar que F. A. Hayek

rejeita o argumento de que o Direito deva subordinar-se à “justiça social” ou ao “bem-estar”.

Da rejeição de Hayek à idéia de que o Direito esteja a serviço de fins específicos não decorre, contudo, que o autor se oponha a qualquer espécie de intervencionismo estatal, inclusive aquele que vise a garantir algum tipo de assistência aos que, por motivos diversos, não tenham condições de se manterem. A questão, no entanto, em se tratando de uma Sociedade Livre, não pode ser confundida com simples correção de injustiças sociais, pois não se trata propriamente de considerar o dever da sociedade mas sim o dever do governo, enquanto organização arrecadadora de recursos comuns colocados à sua disposição para fins comuns, de administrá-los da melhor forma possível. Deve fazê-lo, por certo, a favor da coletividade, o que pode recomendar, inclusive, o estabelecimento e manutenção de uma rede de proteção para amparar os que se encontram alijados do mercado. É dizer, trata-se de uma questão de política governamental e não de justiça social.

HAYEK (1985, V. III, p. 46), efetivamente, não chega defender um Estado limitado, a exemplo do sugerido por Robert NOZICK (1994). Para o autor (1983, p. 63-64 e 313; 1985, V. I, p. 69 e 75-76), nunca houve, efetivamente, um Estado mínimo ou do puro *laissez-faire* e este ideal jamais foi perseguido por John Locke, David Hume, Adam Smith ou Edmund Burke. Afirma HAYEK (1985, V. I, p. 69), a propósito, que ...

*O laissez-faire nunca passou de um princípio geral. Na verdade representou um protesto contra abusos do poder governamental, mas jamais ofereceu um critério que permitisse decidir que funções competem ao governo. Praticamente o mesmo se aplica aos termos 'livre iniciativa' ou 'economia de mercado' que, sem uma definição da livre esfera do indivíduo, pouco significam.*<sup>98</sup>

Em sua concepção, há, e sempre houve, um vasto campo de atuação governamental, pois, conforme ressalta, “o Estado de Direito limita os governos apenas em suas atividades coercitivas. Estas jamais serão as únicas funções do governo” (1983, p. 249). Admite, com efeito, iniciativas governamentais, não só apenas com relação à produção de bens e serviços que não possam ser obtidos no mercado, como também nas áreas de educação e de seguro social. Lembra o autor que as redes de proteção já existiam

<sup>98</sup> A propósito do tema, ver Pierre ROSANVALLON (*op. cit.*, p. 63 et seq) e também Ralf DAHRENDORF (1992).

antes mesmo de os governos a assumirem e se mostra favorável a projetos de auxílio e de renda mínima, que possam garantir a subsistência daqueles que, involuntariamente, se encontram à margem do mercado. A este propósito, registre-se as palavras do próprio autor:

*Não há razão porque numa sociedade livre, o governo não garanta a todos contra sérias privações sobre a forma de uma renda mínima garantida. (1985, V. I., p. 108)*

*A garantia de uma renda mínima para todos, ou uma espécie de piso abaixo do qual ninguém precisa descer, mesmo quando incapaz de se sustentar por si mesmo, parece constituir não só uma proteção perfeitamente legítima contra um risco comum a todos, como também um elemento indispensável da Grande Sociedade, em que o indivíduo já não tem direitos sobre os membros do pequeno grupo em que nasceu. (1985, V. III, p. 59).*

O problema está em que o governo não deve se utilizar livremente de poderes de coerção com vistas a promover uma redistribuição de rendas de acordo com uma suposição de mérito pessoal ou sob o simples *slogan* da “justiça social”. Não se trata, de fato, de garantir uma justa distribuição, mas uma assistência àqueles que se encontram à margem do mercado, não podendo assegurar sua própria subsistência com dignidade.

Não se pode perder de vista, ao analisar as ponderações de Hayek, a já referida distinção existente entre Direito e legislação, entre normas de conduta justa e normas meramente organizacionais. Desta diferença essencial, com efeito, decorre outra que tem sido esquecida: a distinção entre legislar e administrar.

É que, para a realização da política governamental, o Estado tem de se valer de normas concretas, voltadas que são para fins determinados. Tratam-se de normas discriminatórias, no sentido de visarem atender a determinados grupos e circunstâncias conhecidas. Dado à sua própria natureza intrínseca, portanto, são normas organizacionais, não se confundindo com normas de conduta justa, únicas em que se podem fundamentar determinações coercitivas.

Na concepção de Hayek, o limite que num Estado de Direito deve ser estabelecido à intervenção estatal será dado pelas normas de conduta justa, exatamente porque os atos que veiculam políticas econômicas e governamentais não se constituem verdadeiras leis, tampouco resultam do exercício do desempenho da função legislativa propriamente dita, não podendo, destarte, impor coerções que não decorram daquelas.

### 3.7.1. Tributação

No que se refere à tributação, não há grandes dificuldades de compreender tal aspecto no pensamento de F. A. Hayek, pois entre as funções principais que concebe ao governo encontra-se, além da aplicação das normas de conduta justa e a defesa, a cobrança de tributos para custear suas atividades (1985, V. III, p. 46).

Conforme admite o autor, considerado o “*vasto campo de atividades não coercitivas*” que podem ser realizadas pelo Estado, tem-se como evidente a necessidade de estas sejam financiadas mediante impostos (1983, p. 312). Trata-se, a tributação, de uma espécie de exceção ao que poderíamos chamar de princípio da não coercitividade.

O fundamento para o uso do poder de coerção na cobrança de tributos pode ser encontrado na impossibilidade de se identificar os beneficiários dos bens e serviços públicos a serem fornecidos pelo Estado ou, ainda, de se restringir tais prestações apenas a determinadas pessoas. Converte-se assim o governo em administrador de recursos comuns, com vistas a dar cumprimento às atividades que lhes são atribuídas (1985, V. III, p. 45 *et seq.*).

É necessário, no entanto, que haja uma limitação racional do volume dos gastos públicos, vale dizer que se chegue a um verdadeiro consenso quanto aos serviços que, efetivamente, deve o governo prestar, a fim de que não se verifique um crescimento incontrolado e incontrolável das funções governamentais e, por consequência, do nível de tributação.

Não são, portanto, os gastos que devem determinar o nível de tributação e sim o inverso. Em outras palavras, deve haver um consenso acerca do volume total de recursos que se pretenda confiar à administração governamental, tendo-se muito claro que o ônus deverá recair sobre toda a sociedade.

Conforme assinala HAYEK (*op. cit.*, p. 57-58), ...

*Talvez seja verdade que alguns dos serviços que cabe ao governo prestar não dispõem de recursos suficientes. Mas isso não significa que o total dos gastos governamentais seja demasiado pequeno. Pode ser que, tendo assumido um número excessivo de encargos, o governo esteja negligenciando alguns dos mais importantes. Não obstante, dado o caráter atual do procedimento adotado para a*

*determinação de recursos a ser confiada ao governo, é mais provável que o total já exceda em muito o que a maioria dos indivíduos aprova ou tem conhecimento.*

No que se refere à progressividade dos impostos, nada obstante na origem tenha sido concebido como instrumento de redistribuição de rendas, concepção que não goza de sua simpatia, HAYEK (1983, p. 371 *et seq*) considera a idéia, a princípio, correta, tendo em vista a regressividade dos chamados impostos indiretos. Sem embargos, chama a atenção para o fato de que a progressividade não tem encontrado limites na legislação, sendo difícil de estabelecer níveis adequados, e que esta pode levar a injustiças.

### **3.8. Direito e mercado**

Como já assinalado, são considerados exemplos de ordens espontâneas por Hayek o Direito, a sociedade e o mercado. Estas ordens coexistem com organizações como o governo e as associações, não sendo possível, no entanto, “*combinar esses dois princípios de ordem a nosso bel prazer*” (*op. cit.*, p. 50).

O mercado é tido como um dos exemplos mais claros de ordem espontânea, o que, no entanto, não impede que seu funcionamento seja pouco compreendido, mesmo por economistas.

HAYEK (*op. cit.*, p. 130) procura distinguir entre mercado e economia, assinalando que esta é o “*complexo de atividades pelo qual um dado conjunto de meios é distribuído entre fins competitivos de acordo com um plano unitário e segundo sua importância relativa*”. Isto, certamente, implica em uma escalas de valores e decisões afetadas a fins determinados. O que se chama de economia nacional ou social é, na verdade, na concepção do autor, apenas uma “rede de economias interligadas”.

Conforme assinala HAYEK (*op. cit.*, p. 130), há um grande erro em se considerar as atividades econômicas de membros individuais da sociedade como parte de uma grande economia, que devem ser ordenadas e julgadas por critérios únicos, pois ...

*Enquanto uma economia propriamente dita é uma organização [...] isto é, uma ordenação intencional dos meios conhecidos feita por alguma vontade individual ou órgão dirigente, o kosmos do mercado não é nem poderia ser governado por tal escala única de fins; ele serve à multiplicidade de fins distintos e incomensuráveis de todos os seus membros individuais.*



O mercado seria precisamente este sistema constituído de “numerosas economias inter-relacionadas”, que constituem a ordem de mercado (*op. cit.*, p. 130 *et seq*). Esta, considerada pelo autor sob o nome de “catalaxia” (do grego, *katallattein*: trocar, admitir na comunidade; converter-se de inimigo em amigo), compreende, portanto, o “*mútuo ajustamento de muitas economias individuais num mercado*” (*op. cit.*, p. 130).

Na definição de HAYEK (*op. cit.*, p. 131), portanto, catalaxia é “*o tipo especial de ordem espontânea produzida pelo mercado mediante a ação de pessoas dentro das normas jurídicas da propriedade, da responsabilidade civil e do contrato*”.

É importante assinalar, assim, que o mercado não se governa por uma escala ou hierarquia única de fins, servindo uma multiplicidade de fins diversos não determináveis. Presta-se a guiar as ações individuais, favorecendo a correspondência das expectativas, como toda ordem espontânea. E sua importância está em que, como nenhum outro meio inventado pelo homem, “*aumenta as perspectivas e oportunidades de cada um ter à sua disposição um maior número de bens*” (*op. cit.*, p. 129). Fá-lo, no entanto, frustrando, com frequência, algumas expectativas, o que leva alguns a crer que este seja “injusto”.

O Direito, enquanto normas de conduta justa, presta-se exatamente a proteger as expectativas legítimas, de forma a favorecer que estas se realizem com mais frequência. É concebido, assim, como a ordem abstrata sob a qual as expectativas legítimas têm grandes chances de se verificar. Não protege todas as expectativas, mas tão somente as legítimas, isto é as que se fundamentam em um critério impessoal de justiça.

Pelo que se depreende, portanto, segundo a concepção de Hayek, o mercado assemelha-se a uma grande rede de informações, que se presta a orientar as decisões individuais. O autor (*apud* BUTLER, 1987, p. 43) teria se referido a ele como um “sutil sistema de comunicação”.

Em se tratando do livre jogo do mercado, não importa que haja acordo acerca dos fins visados, pois numa ordem complexa estes sequer podem ser conhecidos. A “fonte de coesão” da Grande Sociedade reside nesta ignorância dos fins (HAYEK, 1985, V. II, p. 132). O consenso tem apenas que se fechar em torno de normas abstratas não em torno dos objetivos concretos, que são múltiplos, independentes e muitas vezes contraditórios.

Estas normas abstratas são precisamente as normas de conduta justa, que possuem caráter negativo, isto é, proíbem e sancionam as condutas injustas.

Explica HAYEK (*op. cit.*, p. 131) que a Grande sociedade origina-se precisamente da descoberta de que *“os homens podem viver juntos em paz, beneficiando uns aos outros, sem entrar em acordo quanto aos fins específicos a que visam isoladamente”*, o que foi alcançado por meio destas normas abstratas de conduta. Assinala, ainda, que não se pode afirmar com relação ao mercado *“que a distribuição resultante seja materialmente justa, mas apenas que provém de um processo que, como se sabe, aumenta o número de ocasiões propícias ao sucesso de todos, e não de medidas específicas dirigidas que favorecem com base em princípios que não poderiam ser observados por todos”* (*op. cit.*, p. 146). E mais: não há prevalência de fins puramente econômicos, já que estes, em realidade, sequer existem. O que a ordem do mercado tende a gerar, *“é simplesmente um estado de coisas em que nenhuma necessidade é atendida ao custo de se desviar, do uso para outras finalidades, uma quantidade de meios maior que a necessária para satisfazê-la”* (*op. cit.*, p. 137).

O mercado produz riqueza *“porque fornece, a cada jogador, uma informação que lhe permite satisfazer necessidades de que não tem conhecimento direto, por meio cuja existência ignoraria se não houvesse tal jogo, ocasionando assim a satisfação de uma maior gama de necessidades do que seria possível de outro modo”* (*op. cit.*, p. 139-140).

No processo impessoal de distribuição do mercado, os resultados dependem em parte de sorte, em parte de sua habilidade. O mercado não é justo nem injusto, apenas um eficiente sistema de informações que coordena e orienta as ações individuais da forma mais eficiente que se conhece.

Diferentemente se dá no caso das intervenções governamentais, isto é, das determinações específicas que visam a produzir resultados diversos do que se produziria e que implicam em verdadeiros atos de coerção. Pretende-se substituir a impessoalidade da distribuição realizada pelo mercado por um critério pessoal e centralizado, que atende a uma específica escala de valores e que serve a discriminações propositais do governo.

Conforme assinala HAYEK, numa ordem de mercado e sob o Estado de Direito, no entanto, a política governamental, *“só poderia ter por objetivo aumentar, de forma*

*igual, a probabilidade que tem qualquer membro desconhecido de realizar seus propósitos, igualmente desconhecidos, restringindo-se o uso da coerção (afora a arrecadação de tributos) à aplicação daquelas normas que, se universalmente aplicadas, tenderão nesse sentido a melhorar a oportunidade de todos” (op. cit., p. 138).*

Efetivamente, segundo o entendimento do autor, ...

*Os esforços do legislador podem, pois visar unicamente a ampliar as chances de todos, não no sentido de que se saberá a incidência dos efeitos difusos de suas decisões nos vários indivíduos, mas apenas no sentido de que ele pode pretender aumentar o número de ocasiões favoráveis que se oferecerão a algumas pessoas desconhecidas.*

*Um corolário disto é que cada indivíduo terá legítimo direito, não a uma das oportunidades iguais para todos, mas a que os princípios que norteiam todas as medidas coercitivas do governo tenham a mesma probabilidade de melhorar as condições favoráveis ao bom êxito de qualquer indivíduo; e a que essas normas sejam aplicadas em todas as circunstâncias particulares, quer seus efeitos específicos pareçam desejáveis ou não. (op. cit., p. 150)*

Ao que se pode sentir, portanto, a existência de um verdadeiro Estado de Direito é altamente favorável à manutenção da eficiência que é própria a uma ordem de mercado.

### 3.8.1. Monopólios

Com relação aos monopólios em geral, considera HAYEK (1985: V. III, p. 85 *et seq*) que a questão é pouco compreendida. Entende o autor que, enquanto resulte da preferência do público e do melhor desempenho, os monopólios não se constituem em si motivo para grande preocupação, mesmo porque seus poderes são limitados e há, inclusive, desvantagens que acompanham as empresas monopolistas.

Nada obstante entender ser exagerada a preocupação com o surgimento de monopólios, concebe Hayek como razoável que se procure evitar as discriminações por parte destas feitas com vistas a impor comportamentos, o que se poderia resolver na forma de estímulos a ações reparatórias.

Para o autor (op. cit., p. 88) “o que é pernicioso não é monopólio enquanto tal, mas o impedimento da concorrência”. O monopólio que se estabelece ou se mantém a partir do impedimento da concorrência, é que deve ser combatido, pois implica em coerção injusta. Em verdade, em grande parte dos casos são as próprias políticas

discriminatórias do governo que acabam por favorecer a formação e a manutenção de monopólios (*op. cit.*, p. 93).

Quanto aos monopólios estatais, a posição de HAYEK também é muitíssimo clara. Afirma o autor que *“Uma sociedade livre usualmente exige não só que o governo tenha o monopólio da coerção mas que tenha unicamente este monopólio e que, em todos os outros aspectos, atue de acordo com as mesmas condições às quais todos os indivíduos devem obedecer”* (1983, p. 270).

Se, por um lado, possa se admitir uma ampla esfera de atuação governamental em diversos setores, do ponto de vista do Estado de Direito, à exceção da segurança interna e externa, nada justifica possa o governo se utilizar do poder de coerção para produzir, com exclusividade, determinado bem ou prestar algum tipo de serviço essencial, a exemplo de educação, transportes, correios, telégrafos, seguros sociais e até mesmo emissão de moeda (1985, V. III, 153-155)<sup>99</sup>, o que implica na eliminação coercitiva da concorrência.

Para o autor não há nada que justifique que serviços considerados públicos não sejam prestados por particulares em regime de concorrência. Conforme esclarece HAYEK (*op. cit.*, p. 50) ...

*[...] o fato de alguns serviços precisarem ser financiados por contribuições compulsórias não implica de maneira alguma que devam ser administrados pelos governo.*

....

*Quando os serviços em questão puderem ser mais eficientemente prestados se sua produção for orientada pelo mecanismo espontâneo do mercado, será sempre conveniente utilizá-lo, ficando o método coercitivo de determinação central restrito ao levantamento dos fundos e deixando, tanto quanto possível, a cargo das forças do mercado quer a organização da produção desses serviços, quer a distribuição dos recursos disponíveis entre os produtores.*

De outra parte, no que toca à participação do governo em atividades típicas da iniciativa privada, a posição do autor é abertamente contrária, haja vista que tal procedimento sempre implicará em uso indevido do poder de coerção. É certo que as entidades governamentais, por sua própria natureza e tendo em vista os elevados recursos

---

<sup>99</sup> Com relação à emissão de moeda, F. A. Hayek abordou o assunto, mais especificamente, no livro *Desestatização do dinheiro*. A crítica a esta espécie de monopólio leva em conta que o governo tem sido o maior responsável pelas crises econômicas e pelos surtos inflacionários (1983, p. 393 *et seq.*).

à sua disposição, nunca participarão, realmente, em situação de igualdade de condições com a iniciativa privada.

Ainda um importante argumento contrário à atuação estatal em atividades normalmente desempenhadas pela iniciativa privada é que, por serem “*organizações burocráticas não competitivas*” (HAYEK, 1985, V. II, p. 120) e estarem à mercê de pressões políticas dos diversos grupos de interesse, os governos tendem a atender insatisfatoriamente ao requisito da eficiência, o que implica em administração anti-econômica de recursos comuns<sup>100</sup>.

### **3.9. Modelo de constituição hayekiano**

Nada obstante avesso ao construtivismo, F. A. Hayek, no terceiro volume de *Direito, legislação e liberdade* (1985, V. III, p. 111 *et seq*) sugere um modelo ideal de constituição, que resulta da distinção entre normas de conduta justa e normas organizacionais e que leva em consideração a experiência constitucional acumulada e os problemas decorrentes da atual estrutura democrática, notadamente quanto ao descrédito que alcançou a técnica de separação dos poderes nos dias atuais.

Considerando que o modelo constitucional descrito fundamenta-se precisamente nas conclusões de Hayek acerca dos males que têm levado tantos cidadãos sérios a se desencantarem com o modelo democrático, bem como, poder-se-ia dizer, com o Estado de Direito, reputa-se conveniente registrar esquematicamente as principais alterações sugeridas.

É necessário levar em conta, de início, que as normas de conduta justas não se confundem com a constituição. Com efeito, HAYEK (1985, V. I, p. 157; 1985, V. III, p. 42) considera esta apenas a superestrutura erigida para que o direito seja mantido.

---

<sup>100</sup> Conforme assinala HAYEK (1985, V. III, p. 81), “*não é racionalidade que é condição para o funcionamento da concorrência, é antes a concorrência, ou as tradições que a permitem que produzem o comportamento racional*”.

## **Modelo de constituição:**

### **I. Princípios básicos:**

Admite-se apenas poderes de coerção fundados em normas de conduta justa, de alteração restrita e submetida à verificação de conteúdo e também quanto ao procedimento de elaboração.

Não há necessidade de declarações de direito. As hipóteses em que o Estado poderá se utilizar do poder de coerção estarão previstas nas normas de conduta justa<sup>101</sup>.

### **II. Organização do Estado:**

#### **II.1. Duas assembleias “legislativas”:**

##### **1) Assembleia governamental:**

Atribuições: funções próprias das atuais assembleias, à exceção da elaboração das normas de conduta justa.

Composição: sem alterações (na forma da legislação eleitoral e partidária).

##### **2) Assembleia Legislativa:**

Atribuição: elaborar normas de conduta justa a que devem se conformar as normas organizacionais<sup>102</sup>.

Composição: representantes de meia idade, eleitos por pessoas da mesma faixa etária e para mandatos longos, sem possibilidade de reeleição<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Segundo HAYEK (1985, V. III, p. 42), “Ainda que muitas vezes seja desejável, para lhes conferir uma proteção especial, incluir nos documentos formais que ‘constituem’ a organização do Estado alguns princípios de justiça substantiva, uma constituição continua sendo uma superestrutura erigida para servir à aplicação das concepções existentes de justiça, não para expressá-las; pressupõe a existência de um sistema de normas de conduta justa e estabelece apenas um mecanismo para sua aplicação regular”.

<sup>102</sup> Em matéria financeira, caberia à Assembleia Legislativa estabelecer as normas gerais, ficando a cargo da Assembleia governamental estabelecer o montante total dos gastos, bem como sua destinação.

<sup>103</sup> É sugerido a idade de quarenta e cinco anos para os membros da Assembleia Legislativa, com mandado de quinze anos.

Os candidatos não deveriam ter vinculação partidária<sup>104</sup>. Os que tivessem participado de organizações partidárias ou da Assembléia Governamental poderiam ser declarados inelegíveis.

II.2. Tribunal Constitucional: funções de resolver os conflitos de competência entre as duas assembléias, além de outras tradicionais.

O governo é referido apenas como órgão executivo da Assembléia Governamental, sendo cogitado como o quarto poder dentro da estrutura organizacional (*op. cit.*: p. 128).

#### **Poderes de emergência:**

Admitida a ampliação circunstancial (nas hipótese de guerras interna ou externas e catástrofes naturais), dos poderes governamentais, mediante autorização da Assembléia Legislativa, que definirá a amplitude e a duração destes poderes.

Sugere-se que a Assembléia Legislativa possua um Conselho permanente de emergência para conceder poderes de emergência limitados, revogáveis e restringíveis.

Conforme se pode depreender do modelo apresentado, a distinção fundamental apresentada, efetivamente, repousa na distinção entre Direito e legislação.

No que se refere à questão recorrente da soberania, HAYEK (*op. cit.*, p. 128) observa que esta *“não fica em parte alguma - a menos que fique temporariamente nas mãos do corpo encarregado de elaborar uma constituição ou fazer-lhe emendas”*.

Concordando-se ou não com o modelo, cujas explicações mais detalhadas não vem a propósito fornecer aqui, o que, efetivamente, parece ter em mente F. A. HAYEK (1985, V. II, p. 78) é que *“toda a luta do constitucionalismo, pelo menos a partir de*

<sup>104</sup> Conforme esclarecimento do autor, trata-se de uma garantia a pressão de interesses particulares ou partidos organizados. A possibilidade de perda de mandato apenas por falta grave apurada por pares ou ex-pares é uma outra espécie de garantia (*op. cit.*, p. 120).

*John Locke, que é a própria história do liberalismo, é a história contra a concepção positivista de soberania e a concepção a ela relacionada do Estado onipotente”.*



## Capítulo IV: (Neo)liberalismo e Brasil.

### 4.1. A propósito do liberalismo no Brasil

Na historiografia brasileira há pelo menos duas teses de grande divulgação que apontam, em termos gerais, para uma única conclusão, a saber: o liberalismo não tem ou teve tradição no Brasil.

Em 1936, Sergio Buarque de HOLANDA (1993), considerado um dos mais importantes historiadores do Brasil, traz a público a obra *Raízes do Brasil*, livro a partir do qual se pode reconhecer uma nada desprezível distância entre o *ethos* brasileiro e os pressupostos da doutrina liberal. Em uma de suas memoráveis anotações, observa o prestigiado historiador que ...

*Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmo privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. (op. cit., p. 119).*

Colhe-se no livro de Buarque de HOLANDA anotações sobre a influência positivista, aos movimentos reformadores feitos “*de cima para baixo*” ; ao excessivo “*amor às letras*” e à “*praga do bacharelismo*” (op. cit., p. 113 et seq). Estas características, notadamente estas duas últimas, pode-se afirmar, marcam a forma de se conduzir de nossas elites e, mais importante, a de legislar, uma forma algo literária, prolixa e desapegada dos limites impostos pela realidade presente.

Algumas das principais referências de Holanda são confirmadas no livro de Raymundo FAORO (1991) *Os donos do poder*, editado originalmente em 1958, que serve de fundamento à tese de que o modelo de Estado brasileiro, desde as origens, não se

conformou aos princípios liberais. De fato, da aprofundada pesquisa realizada pelo respeitado jurista e historiador gaúcho também emerge uma história de monopólios, concessões, privilégios e de marcante indistinção entre o público e o privado, que remonta à própria origem do Estado Português. Para maior clareza registramos uma das argutas considerações de FAORO (*op.cit.*, p. 221), *verbis*:

*A rede fiscal da Coroa se confunde com direta apropriação das rendas, com os monopólios e concessões. A economia, por uma ou outra forma, obedece à regência material do soberano e seu estamento, em intensidade que ultrapassa os modos modernos de intervenção do Estado ou as interferências limitadas da concepção liberal. Tudo parte das origens: o rei é o senhor das terras, das minas e do comércio, no círculo patrimonialista em que se consolidou e se expandiu o reino.*

Do estudo de Raymundo Faoro resulta a idéia de um “Estado patrimonial de estamentos”, que, remontando à classificação weberiana dos tipos de dominação tradicionais, representaria, no máximo, um pré-estágio do Estado Liberal, especialmente no que se refere à impessoalidade e abstração do governo relativamente aos governados<sup>105</sup>.

As considerações dos respeitáveis historiadores acima referidos edificam uma tese que, de modo geral, goza de considerável aceitação nos meios acadêmicos, a saber: a de que o liberalismo não se enraizou entre os brasileiros. Sem embargos, há também quem sustente que houve um período de experiência verdadeiramente liberal na história do Brasil, com os governo e seus titulares afinados com os princípios do liberalismo clássico. João de SCANTIMBURGO (1996), por exemplo, consegue vislumbrá-lo no período que corresponde à monarquia, embora admita que se lhe possa reconhecer alguns “defeitos” (*op. cit.*, p. 29). Chega mesmo a afirmar que liberalismo estendeu-se também às práticas econômicas, pois “o Império deixou livre curso à economia” (*op. cit.*, p. 339).

Pode-se considerar, efetivamente, como faz João Scantimburgo, que o reinado de Dom Pedro I e Dom Pedro II, a que a instauração da República veio a por termo abruptamente, corresponde ao período mais liberal já vivenciado na história do Brasil. Há que se ver, contudo, com alguma reserva a assertiva de que o Brasil desfrutou no período de um liberalismo genuíno, notadamente no que se refere à doutrina considerada em sua

dimensão econômica. Não se trata apenas de se considerar que até 1888 ainda se admitia entre nós a mão de obra escrava, fato que por si só permitiria vislumbrar um importante descompossa com os princípios do liberalismo, mas também de considerar os aspectos insitos às abordagens de Buarque de Holanda e Raymundo Faoro.

Embora tenha o Brasil, no período monárquico, e apesar de seus defeitos<sup>106</sup>, experimentado um período de grande estabilidade institucional, de que é exemplo a mais duradoura constituição que o Brasil já teve, subsiste algumas razões para se desconfiar da admissão da livre iniciativa como princípio, especialmente em se considerando a conformação patrimonialista do Estado<sup>107</sup>. Já de início, a imposição autoritária da carta de 1824, com a dissolução da Assembléia Constituinte por Dom Pedro I no ano anterior (Cf. FAUSTO, 1995, p. 148-149; MELLO FILHO, 1984, p. 6, HORTA, p. 55 *et seq*), aponta para um poder político centralizado e com limites poucos definidos de atuação.

A ausência de limites claros à intervenção estatal pode ser entendida como uma assimilação pouco convicta do princípio da livre iniciativa, nada obstante o abstencionismo do governo em muitas áreas. A propósito, Raymundo FAORO (*op. cit.*, p. 252-253), sem deixar de reconhecer o grande passo dado com a abertura dos portos, com incremento do comércio e liberalização da indústria, faz observar, relativamente às proibições e monopólios, ter restado uma “*teimosa faixa reservada à Coroa*”.

À parte as considerações acima, que fazem desconfiar de nossa experiência liberal, a própria mentalidade anticapitalista que Antonio PAIM (1994, p. 59) vê como componente de uma possível “moralidade social básica” herdada de Portugal, de que se não dissociou, por evidente, a monarquia, faz com que se duvide da penetração do liberalismo econômico no Brasil.

Não sendo necessário tecer outras considerações, registre-se apenas que a partir da leitura da biografia do Barão de Mauá, escrita por Jorge CALDEIRA (1995) e citada por SCANTIMBURGO (*op. cit.*, p. 343), depreende-se que foi exatamente a ausência da

<sup>105</sup> Conforme Antonio PAIM (1994, p. 33), Raymundo Faoro deixou de dar importância ao “caráter modernizador do patrimonialismo luso-brasileiro”. O autor assinala também que, na crítica à experiência do sistema representativo, se perdeu o sentido histórico da evolução do liberalismo.

<sup>106</sup> Dentre os quais constantes quedas dos gabinetes (Cf. FAORO, *op. cit.*, p. 354),

<sup>107</sup> A propósito, Antonio PAIM (*op. cit.*, p. 21) vincula ótica liberal e antipatrimonialismo.

penetração dos princípios do liberalismo econômico no segundo império que se constituiu a fonte maior das dificuldades enfrentadas pelo empresário Irineu Evangelista de Souza<sup>108</sup>.

Assim, é lícito considerar que pesa ponderáveis dúvidas acerca do período realmente liberal apontado por Scantimburgo, se menos com relação às instituições jurídicas e políticas, ao menos no que se refere às práticas realmente verificadas, em especial no domínio econômico. Parece-nos, assim, que o “antiliberalismo” que sobressai das análises de Holanda e Faoro mais convincentemente aproxima-se da experiência brasileira, mesmo no período monárquico. Um meio termo talvez consistiria em se considerar, com Michel DEBRUN (1983, p. 46 e 48), a existência de um liberalismo “à brasileira”, equilibrado entre o marxismo e o liberalismo clássico, que dentre uma das características admitiria com reservas o “princípio do mercado”.

#### 4.1.1. Panorama constitucional

Segundo assinala Ralf DAHRENDORF (1992, p. 83), *“Os arranjos constitucionais têm que responder à história, à cultura e a outras condições únicas de sociedades específicas. Elas são difíceis de traduzir de um país para outro”*. Sob tal perspectiva, deve se admitir ser desaconselhável simplesmente transplantar modelos alienígenas de sucesso verificado ou prometido.

No que se refere às constituições brasileiras, é nossa opinião que o entendimento de Dahrendorf não se fez presente, sendo de se registrar a notável instabilidade constitucional experimentada pelo país, com oito constituições em pouco mais de cento e sessenta anos, sendo que sete correspondem aos cento e oito anos de República.

Em breve visualização, pode-se considerar que o Brasil teve apenas duas constituições que poderiam ser identificadas com a doutrina liberal da mínima intervenção no domínio econômico: a monárquica, de 1824, e a republicana, de 1891 (NICZ, 1981, p.

---

<sup>108</sup> Interessante observar, sob este aspecto, que CALDEIRA (*op. cit.*, p. 118), relata que o Visconde de Cairu, o grande divulgador das idéias de Adam Smith no Brasil, teve que adaptar os conceitos do livro *A riqueza das nações* fazendo por substituir o mercado pelo paternalismo da coroa e colocando em último lugar na escala de valores que constroem a riqueza o “trabalho”, precedido da “inteligência” e da “indústria”

59-66). Uma única constituição comprometida com o liberalismo tradicional, portanto, na história da República.

As demais constituições não conservaram, com efeito, um “padrão liberal” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 13 e 16), visto que, já a partir da Constituição de 1934, os textos constitucionais, com inspiração no constitucionalismo inaugurado pela Constituição de Weimar de 1919<sup>109</sup> e na constituição espanhola de 1931 (Cf. NICZ, *op. cit.*, p. 69), passaram a consagrar capítulos e dispositivos específicos referentes à “ordem econômica e social”.

Na síntese de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*op. cit.*, p. 16), à exceção da constituição de 1937, nominalmente filada ao corporativismo, todas as constituições republicanas, com exceção da de 1891, adotaram o “padrão social”, ou seja, reconheceram os direitos sociais e econômicos e a necessidade e legitimidade da intervenção do Estado na economia, orientada esta para o bem-estar, desenvolvimento ou a justiça social. No dizer de FERREIRA FILHO (*op. cit.*, p. 14), ficaram entre o liberalismo e a “doutrina social da igreja associada ao socialismo não-marxista”. São constituições que se pode considerar adequadas ao advento do intervencionismo pós-primeira guerra.

Alvacir Alfredo NICZ (*op. cit.*, p. 70) lembra, a propósito da Constituição de 1934, a redação original do art. 115, que acompanha, quase que literalmente, o art. 151 da Constituição de Weimar:

*A ordem econômica deve ser organizada, conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos uma existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. (grifou-se).*

Não pode haver dúvida que a redação acima, que inaugurou a experiência constitucional do Estado Social no Brasil, traz ínsita a tentativa de conciliar princípios liberais com convicções ideológicas diversas, dentro de um quadro em que o intervencionismo apresenta-se como a solução para os problemas econômicos e sociais.

---

<sup>109</sup> Segundo FERREIRA FILHO (*op. cit.*, p. 4), embora a Constituição mexicana de 1917 seja cronologicamente anterior, faltava o tratamento sistemático da atividade econômica e foi realmente a Constituição de Weimar que se difundiu para outros países.

Para HAYEK (1985, V. I, p. 126), segundo supõe-se, este seria um exemplo adequado de fusão de direitos da tradição liberal com marxistas.

Orlando GOMES (1959, p. 78), tendo como alvo a Constituição de 1946, que introduz a idéia de “justiça social” (Cf. BASTOS, 1990, p. 13 *et seq*), fez por registrar essa contradição de princípios ideológicos recolhida pelas constituições. Observou àquela ocasião o respeitado jurista baiano que ...

*No seu corpo, estão discriminados cuidadosamente todos os direitos e liberdades características da ordem social do liberalismo. Mas, em seguida, fixam-se diretrizes para a intervenção do Estado na ordem econômica que se opõem, fundamentalmente, à estrutura social baseada nos princípios liberais. A **constitucionalização** das medidas antiliberais, individualistas e anticapitalistas, que traduzem, sem nenhuma dúvida, aspirações coletivas irreprimíveis, representa a condenação explícita, categórica, formal, ao regime que instituiu [...] no capítulo da ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL, procura, embora programaticamente, ferir o direito de propriedade na sua expressão capitalística mais típica, que é a LIBERDADE DE INICIATIVA. Sob a razão de que a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça Social, - justiça qualificada! -, proclama que o poder individual de iniciativa, numa palavra, a livre-empresa, deve conciliar-se com a valorização do trabalho humano. Não satisfeito de ter condenado a liberdade de iniciativa, como era entendida conseqüentemente na ordem liberal, o legislador constituinte investe contra a propriedade até no seu uso, pois o condiciona ao bem-estar social, como a advertir aos proprietários que eles não mais desfrutam de um direito, mas sim, de um poder limitado, que até deveres impõe. Ameaça-os, a seguir, com a desapropriação em massa, ao permitir ao Estado que promova a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.<sup>110</sup>*

Como se vê, portanto, não se pode afirmar que também na experiência constitucional brasileira, os princípios liberais tenham sido recepcionados com indubitosa convicção, notadamente no período republicano. Parece mais correto considerar que desde cedo teve o Brasil uma constituição econômica e admitiu constitucionalmente o intervencionismo.

Considerado, assim, o *ethos* antiliberal<sup>111</sup> que se pode extrair das análises de Buarque de HOLANDA (*op. cit.*), Raymundo FAORO (*op. cit.*) e também de Antonio PAIM (*op. cit.*), poder-se-ia afirmar com Ludwig Von MISES (1987, p. 3) que se na própria Inglaterra não se permitiu que “o liberalismo fluisse totalmente”, no Brasil não

<sup>110</sup> Embora não se possa simplesmente inferir uma tendência “neoliberal” em Orlando Gomes, pretende-se assinalar que as contradições emergentes das constitucionalização de princípios socialistas em uma ordem econômica capitalista não passou despercebido a juristas brasileiros de grande prestígio. A verdade é que parece não ter restado jamais expressa a opção pelo liberalismo tradicional, mesmo porque não se pode negar as condições históricas e culturais lhe eram extremamente adversas.

<sup>111</sup> Michel DEBRUN (*op. cit.*, p. 47) observa que “O *ethos* autoritário, por mais que amolde aos novos tempos continua acreditando na missão de tutelar a ‘realidade brasileira’”.

houve sequer um desabrochar integral dos princípios fundamentais doutrina, já que se verificaram pouco conformes com a tradição cultural que aqui se elaborava. De forma que, se embora no período monárquico e na primeira República, o poder de intervenção na ordem econômica era quando muito implícito, a partir da Constituição de 1934 ficava explícita a opção pelo Estado Social.

Fato que chama a atenção, neste contexto, é precisamente o reflexo patrimonialista no constitucionalismo brasileiro pós 1934, pois, se de uma parte não se estabeleceu um Estado de feição liberal, também não se obteve êxito na concretização de um Estado Social que pudesse ombrear-se ao paradigma estabelecido pelos países de capitalismo avançado. E isto, nada obstante o processo de industrialização propiciado pelo caráter modernizador imprimido ao nosso patrimonialismo pelas elites de ocasião (Cf. PAIM, *op. cit.*, 60 *et seq.*).

O que se pode afirmar é que o reconhecimento em textos constitucionais do poder e dever do governo de intervir na ordem econômica com vistas a alcançar objetivos de difícil apreensão a exemplo de “justiça social”, “desenvolvimento” e “bem comum” constituiu-se aqui um primeiro passo para o estatismo e para a crise moral do constitucionalismo brasileiro, mas não contribuiu para a construção de um Estado Social que mereça efetivamente este nome.

Não se trata, por evidente, de se insinuar que se devesse desconsiderar os “avanços” do constitucionalismo e de se recusar a experiência histórica vivenciada, mas apenas de se constatar que as peculiaridades da formação do Estado brasileiro e o próprio caráter incipiente do capitalismo aqui praticado não favoreceram o ganho social que era lícito esperar e que certamente era, ao menos retoricamente, desejado pelos juristas e políticos que conceberam as cartas constitucionais.

A perspectiva aqui traçada em grandes linhas, conforma-se com algumas interpretações importantes a sugerir um antiliberalismo ínsito ao *ethos* brasileiro, e que tem obstado a perfeita assimilação de seus aspectos mais relevantes. Se corretas tais interpretações, isto poderia justificar o aspecto depreciativo que parece ter assumido o termo “liberal” no Brasil em algumas épocas, associado facilmente a interesses individualistas contrários aos “da nação” e egoísticos.

Fenômeno semelhante parece ocorrer hodiernamente com o termo “neoliberal”, que tem significação bastante imprecisa, mas que em geral suscita pronta rejeição de amplos e às vezes antagônicos setores.

Tomando por empréstimo uma expressão de F. A. Hayek (Capítulo III, item 2.3. *supra*), poder-se-ia afirmar, assim, que um “*atavismo fundado em emoções primordiais*”, tem impedido que nossas instituições jurídico-políticas conciliem-se verdadeiramente com a concepção de uma Sociedade Livre, cuja conformação seria forçosamente liberal. Este “atavismo” poderia, aliás, ser bem ilustrado pela idéia de “homem cordial” popularizada por Buarque de HOLANDA (*op. cit.*, p. 106-107), que se constitui o avesso do padrão impessoal do liberalismo.

Não nos parece, contudo, que a concepção “neoliberal”, conforme exposta a partir das idéias de F. A. Hayek, seja tão inadequada à realidade jurídica brasileira, mas, ao contrário, sob muitos aspectos se mostra um ótimo referencial para seu aprimoramento e uma alternativa a experiências que, por diversos motivos, não colheram os resultados esperados. De outra parte, pensamos que não há qualquer diferença irreconciliável, sob o ponto de vista do direito, entre o “neoliberalismo” e a visão de importantes publicistas de vocação liberal. Na verdade, o que aqui se denomina “neoliberalismo”, nada mais é que a reconciliação do liberalismo com seus princípios fundamentais, turvados pela concepção de um “liberalismo social” ou mal conciliado com a perspectiva “marxista”.

Tendo isto em mente, permite-se nos próximos itens tentar revelar tal fato, aproximando as idéias centrais do “neoliberalismo” e algumas considerações de publicistas de renome acerca de questões específicas do ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o momento pós Constituição de 1988.

Considerado que a ideologia “neoliberal” vem comumente associada a liberalismo, pretende-se privilegiar questões relacionadas com a “ordem econômica e social”, consideradas o motivo maior de rejeição ao inimigo “neoliberal”.

#### **4.2. A visão (neo)liberal da constituição**

Numa concepção “neoliberal”, segundo o que se pode depreender a partir de F. A. Hayek, à parte as inovações estruturais, uma Constituição bem concebida deveria



aproximar-se tanto quanto possível do modelo americano. Trata-se, como se sabe, da primeira e mais antiga Constituição do mundo, que só conheceu 27 emendas em mais de 200 anos, sendo que as primeiras dez são as correspondentes à Declaração de Direitos, incluída em 1789 (Cf. HORTA, *op. cit.*, p. 69; SIEGAN, 1993, p. 3).

Pode-se pensar em um texto que favoreça o estabelecimento de um “estado liberal de direito” que, conforme Pablo Lucas Verdu (*apud* MELLO, 1994, p. 117), apresenta as seguintes características: “a) *primado da lei elaborada pelo Legislativo*; b) *um sistema hierárquico de normas que realiza a segurança jurídica*; c) *‘legalidade da administração’*; d) *separação dos poderes*; e) *‘reconhecimento da personalidade jurídica do estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos’*; f) *‘reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais que se incorporam a ordem constitucional’*; g) *controle da liberdade das leis*”.

A idéia corresponde, ao que podemos sentir, a um texto aberto, tão claro e objetivo quanto possível, que abrigue preferencialmente normas referentes à organização do governo e aos limites objetivos ao poder do Estado. Um texto que incorpore um consenso amplo em torno de princípios gerais, e não um consenso meramente majoritário em torno de programas específicos ou concepções de justiça, pois conforme assinala HAYEK (1985, V. III, p. 42), “... *uma constituição continua sendo uma superestrutura erigida para servir à aplicação das concepções existentes de justiça, não para expressá-las; pressupõe a existência de um sistema de normas de conduta justa e estabelece apenas um mecanismo para sua aplicação regular*”.

É lícito, ainda, conceber, sob uma visão “neoliberal”, um modelo de constituição que seja acessível e, na abstração e generalidade de seus dispositivos, atenda à construção de uma Sociedade Livre e não ao interesse de grupos específicos, sejam estes quais forem. Pareceria mesmo razoável, tendo em vista tal mister, que se pensasse em se estabelecer previamente algum limite consensual quanto ao conteúdo das normas e que se excluísse os representantes de partidos e de grupos da elaboração de tais normas, a fim de que se pudesse chegar a um consenso básico, tão amplo e duradouro quanto possível.<sup>112</sup>

<sup>112</sup> Conforme assinala HORTA (*op. cit.*, p. 69), secundando Karl Loewenstein, “*A freqüente mudança de Constituição [...] é responsável pela erosão da consciência constitucional e pelo estado de indiferença popular em relação à Constituição*”. Ao que nos parece, quando as constituições pretendem ir além de

Um aspecto que merece, ainda, ser ressaltado refere-se às chamadas normas programáticas, tão comuns ao constitucionalismo do Estado pós-liberal. Segundo a visão em enfoque, estas deveriam ser incluídas nos programas de governo e nos estatutos dos partidos políticos, e não nos textos constitucionais propriamente ditos, em especial quando patente não expressarem um amplo consenso das diversas classes sociais (Cf. Verdú *apud* HORTA, *op. cit.*, p. 294). Seria conveniente que as leis eleitorais, infraconstitucionais, pudessem estabelecer formas de responsabilização em casos de descumprimento ou desvirtuamento de programas e compromissos de governo.

#### 4.2.1. Crítica à Constituição de 1988.

Às vésperas de completar apenas dez anos de existência, a Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, símbolo da Nova República e da cidadania reafirmada, tem sido objeto de sucessivas emendas, processo iniciado a partir de 1992, a fim de sanar algumas deficiências técnicas e tendo em vista acomodar o texto constitucional à realidade nacional e, pode-se dizer, às imposições da ordem econômica internacional.

Embora o momento possa ser lido como um avanço político das forças de direita, quer parecer que, ao menos do ponto de vista jurídico e econômico, esta paulatina reforma constitucional já era esperada, pois da disputa entre as forças ideológicas antagônicas na constituinte não resultou um consenso básico. Com efeito, as divergências ideológicas de toda ordem não se harmonizaram no texto promulgado, de forma que os princípios e dispositivos constitucionais acabaram por mal se conciliar nos duzentos e quarenta e seis artigos e, o que é considerável, apontaram para a ingovernabilidade e para o engessamento da economia sob muitos aspectos.

Não pode haver sérias dúvidas de que a Constituição promulgada em 1988 atende ao “padrão social” das anteriores, no qual, numa visão panorâmica, cada princípio liberal tende a pressupor outro dispositivo que o mitigue ou mesmo o anule, a depender da

---

um consenso básico, tendem a serem constantemente modificadas, ganhando em desprestígio e perdendo o valor simbólico, bem como deixando de conferir ao ordenamento jurídico a estabilidade necessária.

exegese adotada. Neste sentido, o comentário de Orlando Gomes à Constituição de 1946 alhures transcrito pode ser integralmente aproveitado.

O que mais chama a atenção no texto promulgado em 5 de outubro de 1988 é que, das desconfianças mútuas entre forças políticas à direita e à esquerda, tendo-se em mente tanto o passado quanto o futuro, resultou um texto extremamente detalhista e, em grande parte, inexequível, o que apontou para um longo processo de reformas. Pode-se, assim, dizer que foi entregue ao país uma Constituição fechada, pouco adequada para inaugurar um ciclo de estabilidade constitucional<sup>113</sup>, e indubitavelmente contrária a muitos princípios liberais.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1990, p. 72 *et seq*) assinalou o caráter dirigente assumido pela Constituição de 1988, lembrando que tal modelo constitucional corresponderia a “*uma Constituição de transição para o socialismo*” (*op. cit.*, p. 76). Fez lembrar também que a expressão “estado democrático de direito” foi cunhada pelo marxista espanhol Elias Ruiz, sendo uma forma eufemista de se referir à “*transição para o socialismo*” (*op. cit.*, p. 76)<sup>114</sup>.

É de se lembrar que, ainda durante os trabalhos da Constituinte, FERREIRA FILHO (1990, p. 61-67) foi um dos jurispúblicistas de renome que teve a oportunidade de assinalar diversos dispositivos da “constituição econômica” que se encontravam em flagrante desacordo com princípios liberais, favorecendo uma economia centralizada, com monopólios e intervenções, a seu ver injustificáveis. Mesmo com relação ao dispositivo que, desnecessariamente, previa que a competência do Estado para a prestação de serviços públicos, chegou a alertar para o fato de que “*não há textos ‘inocentes’ numa Constituição*”<sup>115</sup> (*op. cit.*, p. 65), sendo que o dispositivo poderia implicar em ampliação ilimitada da atividade estatal. De fato, “serviço público” e “interesse público” são categorias de difícil conceituação até mesmo para os administrativistas, sendo que a

<sup>113</sup> A propósito da instabilidade que marca a história de nossas constituições, Claudio PACHECO (1990, p. 139 *et seq*)

<sup>114</sup> Acerca da expressão Estado de Direito Democrático da Constituição Portuguesa, Raul Machado HORTA (*op. cit.*, p. 293) também ressalta sua vinculação com o objetivo expresso de “*assegurar a transição para o socialismo*”.

<sup>115</sup> O dispositivo comentado corresponde ao atual art. 175 da Constituição de 1988.

própria lei é que faz por fixar o que deve ser tido por serviço público, de acordo com os princípios constitucionais<sup>116</sup>.

Ives Gandra da Silva MARTINS (In: CRETELLA JUNIOR, 1988, p. 5-8), levando em conta já o texto a ser promulgado em 05 de outubro de 1988, também teve oportunidade de assinalar seu pessimismo com relação à nova carta política, inadequada à inserção do Brasil na ordem internacional. Em seu diagnóstico concluía que ...

*[...] a Constituição, de certa, forma no capítulo da ordem econômica, desestimula o investimento; no capítulo do sistema tributário, desestimula a poupança; e, no capítulo da ordem social, em parte, desestimula o trabalho. Ora, este custo que a sociedade terá que pagar para um Estado maior e um Estado inibido por preconceitos ideológicos evidentes, poderá fazer com que as conquistas positivas da Constituição se transformem, em verdade, não em conquistas, mas em pesadelos.*

A seu turno, Celso Ribeiro Ribeiro BASTOS (In: CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p. 21-32) assinalou os destemperos e desequilíbrios do texto constitucional a ser promulgado, que, entre previsões inócuas e outras desconhecidas até pela doutrina, mais que duplicou os direitos individuais. Na ocasião fez por assinalar que *“tudo que está a mais na Constituição prejudica [...] porque toma o lugar daquilo que seria importante e tira aquela unidade que o texto constitucional deveria ter aquela acessibilidade, aquela possibilidade de funcionar num texto didático, de fácil aprendizado”* (*op. cit.*, p. 23).

Afirmava o ilustre constitucionalista paulista tratar-se de uma falsa constituição, que constitucionalizava direitos e não cuidava do essencial, a exemplo de estabelecer efetivos limites à intervenção do Estado no domínio econômico. Ironicamente, admitia que seu principal dispositivo era o que previa a revisão em cinco anos.

Na seara dos direitos sociais, BASTOS (*op. cit.*, p. 31) reconhecia que se criava mais direitos para os que já os tinham. E, no mesmo sentido, Cassio Mesquita BARROS (In: CRETELLA JUNIOR, 1988, p. 35) falava em “celetização” do texto constitucional, *“condensando um maior número de regras rígidas e uniformes de direito individual, tutelar, coletivo, previdenciário e assistencial de trabalho, para todo o imenso e diversificado Brasil”*.

<sup>116</sup> Celso Antonio Bandeira de MELLO (1994, p. 348) define serviço público com sendo *“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por que lhe faça as vezes, sob um regime de direito público instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”*.

Com relação à economia regida pelo mercado, único sistema compatível com o princípio da livre iniciativa e concorrência, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*op. cit.*, p. 38) fez notar que nunca houve uma Constituição brasileira que cuidasse de definir o tipo de organização econômica. E não fugiu à regra o texto de 1988, embora se possa inclinar a deduzir que opção tenha sido pelo regime da livre iniciativa.

Já Geraldo Camargo VIDIGAL (In: CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 375), que de fato considerou ter a Constituição a ser promulgada optado pelo regime de mercado, anotou que, curiosamente, havia apenas duas manifestações explícitas ao termo mercado. São elas, com efeito, as que se referem à “proteção ao mercado de trabalho da mulher” (atual art. 7º, XX) e ao mercado interno como “patrimônio nacional”, com previsão de incentivos, *“de modo a viabilizar o desenvolvimento cultura e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país”* (art. 219), este último inserido no Capítulo “Da ciência e tecnologia” (Capítulo IV, Título VII).

VIDIGAL (*op. cit.*, p. 375 *et seq*) reconheceu que as enormes dificuldades econômicas resultavam dos excessos do Estado, precisamente da má condução das políticas públicas e do intervencionismo econômico, colocando em destaque as tentativas desastradas de conter *“um processo inflacionário que o próprio Estado engendrava, e engendra, ao despendar mais receitas que dia a dia coleta, por via tributária e pelos caminhos dos preços públicos”*.

É oportuno registrar algumas das ilustrativas considerações feitas por Geraldo Camargo VIDIGAL, *verbis*:

*... despesas excessivas dos governos, maiores do que suas receitas, têm repercutido em orçamentos elaborados com déficits sempre crescentes e executados sempre com ampliação dos déficits. (op. cit., p. 377)*

....

*Exaustas as fontes de créditos externos, tem sido ampliada intensamente a dívida pública interna, mediante emissão de papéis com juros tão elevados e prazos de vencimento tão sedutores que, gradualmente, a atividade empresarial foi sacrificada, porque governos se apoderaram de todos os recursos da poupança local, deixando somente migalhas às empresas. (op. cit., p. 377).*

....

*O violento processo inflacionário tem tornado obrigatório utilizar sistemas de indexação da economia, sistemas de correção monetária das obrigações públicas e privadas; porém, a significação hermética dos instrumentos de indexação cria, por toda parte, clamores daqueles*

*segmentos que se endividaram sem atentar para as regras do mercado, ou sem compreendê-las. (op. cit., p. 377-378)*

....

*Os erros individuais têm, em regra, pequenas repercussões sobre a economia. Os erros de cada um são compensados pelos acertos dos demais indivíduos e podem ser corrigidos ou absorvidos com pequeno sacrifício social. Mas quando o Estado realiza um erro enorme, como foi, por exemplo, o Plano de Ação de Governo de 1973, ou como foram, por exemplo, o Plano Cruzado e em menor grau o Plano Bresser, então as conseqüências enormes dos erros do Estado envolvem a todos e emprobem a todos violentamente. O Estado ainda não se apercebeu de que precisa ser modesto e modernado, em sua presença econômica, porque está sujeito a erros tanto quanto os indivíduos. (op.cit., p. 378).*

....

*Sofremos, nestes anos todos, estes 16 anos, exatamente por excesso de planejamento. (op. cit., p. 381).*

Como se vê, um dos mais destacados nomes do direito econômico e do direito financeiro, saindo do espaço estreito da dogmática jurídica, ofereceu uma diagnóstico bastante convincente dos bem conhecidos problemas experimentados pelo país, inclinando-se, no entanto, num otimismo que nos parece pouco justificável, a crer que a nova Constituição, em que vislumbrava uma “*repulsa à posição estatista da Constituição de 1967/69*” (op. cit., p. 383), talvez pudesse servir para mitigá-los.

Mais recentemente, Celso Ribeiro BASTOS (1996, p. VII), em introdução aos seus comentários às emendas constitucionais promulgadas até então, teve oportunidade de assinalar que “*Logo após sua publicação, já ficava evidente que a Constituição de 1988 demandaria, para o futuro, uma intensa atividade de reforma, uma vez que as imperfeições técnicas, a sua prodigalidade irresponsável e o apreço a teses estatizantes não poderiam perdurar*” (grifou-se), o que teria inclusive sido considerado, a teor do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A história veio, de fato, a demonstrar que, na linha destes e de outros tantos comentários de juristas conceituados, a reforma era realmente inexorável pois, à parte os dispositivos constitucionais de extensa e inócua redação, haviam outros que, mais gravemente, simplesmente levavam o governo a ter pouca ou nenhuma escolha. Com efeito, ou descumpria sistematicamente o texto constitucional ou alterava-o precocemente.

A situação é patente no que se refere aos dispositivos relativos à ordem econômica e financeira.

#### 4.2.2. O “totalitarismo normativo”

Miguel Reale, em artigo publicado pela imprensa abordando a questão das “súmulas vinculantes”<sup>117</sup>, teve oportunidade de referir-se *en passant* ao “totalitarismo normativo” da Constituição de 1988. Trata-se, efetivamente, de expressão lapidar, que bem expressa a fúria intervencionista do texto promulgado.

Segundo registra J. Cretella Júnior (In: Paulo Dourado de GUSMÃO *et al.*, 1992, p. 247), a Constituição Brasileira de 1988, é, de fato, a maior existente no mundo<sup>118</sup>, sendo ao todo mais de quatrocentos dispositivos, levando-se em conta o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A Constituição de 1988, parece, assim, constituir uma prova a mais da ausência de uma “*moralidade social básica de tipo consensual*” em torno da qual possam se unir os brasileiros (Cf. PAIM, *op. cit.*, p. 19). A Carta Política tornou-se o retrato vivo da instabilidade e da desconfiança que predominaram à época, em poucos momentos resolvendo-se num consenso mais amplo, com vistas a contemplar um horizonte futuro. Disto resultou que grande parte de seus dispositivos pouco atenderam à idéia de lei, enquanto norma geral e abstrata, o que aliás não é propriamente novidade.

Na contabilidade geral, tem-se a impressão que as correntes de esquerda conseguiram fazer com que prevalecesse seus pontos de vista em questões importantes. Sem embargos, ao que parece, quase todos os grupos foram representados em seus interesses e posições mais que particulares, procurando buscar proteção constitucional para suas pretensões e abrigo para convicções ideológicas que, de modo geral, não se coadunam com o espírito de uma constituição enquanto documento básico. A este propósito, assinale-se que até mesmo os direitos clássicos pareceram necessitar de uma

<sup>117</sup> Artigo publicado no jornal **Folha de São Paulo**, edição de 23.01.97.

<sup>118</sup> Ivo DANTAS (1994, P. 186) registra que a Constituição de 1988 perde em dispositivos para a da Iugoslávia (405 artigos), da Índia (336 mais 8 anexos), do Uruguai (322), do Peru (307) e de Portugal (291).

explicitação pormenorizada, já que pareceram não incorporados à tradição de nossas instituições.

Um exemplo típico da ausência de abstração dos constituintes pode ser encontrado em diversos dispositivos, a exemplo do art. 3º que se refere, como sendo objetivos da República, à promoção do *“bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*, que, nada obstante tenha melhorado a redação do texto anterior, demonstrou que o princípio da isonomia e da não discriminação não restará assentado entre nós, sendo de se lamentar, a este propósito, que não se tenha incluído a expressão “opção sexual”, contemporâneo e bem conhecido elemento de discriminação.

Já ao art. 7º, que foi consagrado ao direito dos trabalhadores, faltou, além da abstração, a generalidade, não tardando serem reconhecidos como direitos dos trabalhadores contra a iniciativa privada e os desempregados e subempregados, já que se pôde sustentar, convincentemente ao menos sob a concepção liberal, que, ao onerar ainda mais o primeiro, os últimos têm reduzidas suas chances de ingressar no mercado formal de trabalho<sup>119</sup>.

O primeiro equívoco, ao que parece, começou com o desatendimento à mais que razoável recomendação que à época se fez de que fosse convocada uma assembléia constituinte com poderes específicos para somente elaborar a Constituição, dissolvendo-se esta após os trabalhos. Não tendo sido atendido este requisito mínimo, transformou-se a constituição em espaço ideal para normas que por sua natureza deveriam ser expressas em legislação ordinária. O fato é que, desta primeira circunstância aliada à pouca experiência democrática, não se poderia esperar senão um texto constitucional extenso e em parte contraditório. Na versão final restaram desatendidas, por consequência, as limitações impostas pelo sentido do exeqüível e se fez tabula rasa de considerações impostas pelo Direito e pela economia.

Fica difícil não se concluir por esta obviedade política: os partidos e agremiações de todo o tipo representam interesses particulares e de grupos, poucas possibilidades

---

<sup>119</sup> Importante lembrar que a maior parte desses direitos sociais já encontravam-se previstos em legislação infraconstitucional.



tendo de organizar-se em torno de um interesse verdadeiramente público ou em torno de uma “vontade geral”, conceitos de difícil assimilação tanto teórica quanto empiricamente.

Pode-se considerar, assim, que, sob a ótica hayekiana, a Constituição Brasileira de 1988 deixou de atender às condições necessárias à fundamentação de um verdadeiro Estado de Direito, conforme exposto no capítulo III. Desta forma, foi deixado ao Poder Judiciário, como intérprete das leis, a árdua tarefa de extrair do texto uma harmonia entre os princípios e dispositivos, harmonia esta que à primeira vista não comparece.

#### 4.2.3. Elaboração legislativa prevista

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1990, p. 77), com forte em artigo de autoria do então Senador Carlos Alberto Gomes Chiarelli, teve oportunidade de registrar que a Constituição promulgada em 1988 reclamava mais de setecentos comandos ou diretrizes, dentre os quais trezentas leis federais; quarenta e nove leis federais complementares; setenta e quatro leis referentes ao Distrito Federal; noventa e três leis complementares estaduais; e setenta e cinco leis municipais.

Nas contas de Celso Ribeiro BASTOS (In: CRETILLA JÚNIOR, 1988, p. 27) o número de leis federais necessárias não ficava em menos de duzentas, entre ordinárias (cento e cinquenta) e complementares (cinquenta).

Fernando Whitaker da CUNHA (*apud* DANTAS, 1994, p. 183) percebeu a relação existente entre a proximidade do texto, a que referimos como totalitarismo normativo, à baixa efetividade de seus dispositivos, em grande parte a depender de regulamentação, observando argutamente que ...

*Desde o princípio verificou-se a impossibilidade de produzir um discurso constitucional enxuto, preciso, incisivo, que contrariaria, diga-se de passagem, nosso caráter nacional prolixo, caudaloso, retórico e sem objetividade, preferindo-se uma Lei Suprema excessivamente analítica (que detalhou, inutilmente, tese partidárias), uma vez que incontáveis dispositivos, discutindo-se seu número exato, ficaram dependendo de leis complementares e ordinárias, fazendo que a Constituição, em grande parte, não tenha imediata aplicação.*

Nada obstante, assim, a recepção das normas infraconstitucionais compatíveis com o novo texto, tinha-se pela frente um quadro que apontava para a simples ineficácia de diversos dispositivos, e isto nada obstante as inovações previstas nos arts. 5º, LXXI

(mandado de injunção), e 103, parágrafo 2º (ação de inconstitucionalidade por omissão), da nova Carta.

### 4.3. “O labirinto jurídico”

Embora sejam muitas as leis reclamadas pela nova Constituição, pode-se detectar em face do ordenamento jurídico brasileiro, precisamente pelo número excessivo de normas existentes, uma desorganização bastante preocupante.

Conforme divulgado pela imprensa<sup>120</sup>, os próprios poderes públicos de quem emana toda a normatização existente têm dificuldades de, entre “leis” incompatíveis entre si e outras simplesmente esquecidas no tempo, chegar ao número preciso de normas atualmente em vigor. Não por menos, o Ministro Octávio Gallotti, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, chegou a reconhecer diante da imprensa que “... *estamos com leis demais [...] E quanto mais leis, mais complexa a sua aplicação*”.

Segundo as estimativas imprecisas do governo, o número de normas em vigor “*deve estar ultrapassando a marca das 200 mil*”. Em outras palavras, nem mesmo o próprio governo tem condições de fornecer um dado preciso, nada obstante tentativas levadas a cabo desde pelo menos 1975.

Alguns aspectos do quadro lastimável traçado pela imprensa, que o associa ao vício burocrático dos últimos trinta anos, merecem ser registrados:

*Nove em cada dez textos legais terminam com a revogação das “disposições em contrário”. Seu caráter é tão autoritário quanto genérico e remete ao extremo da incerteza, tornando inviável localizar e distinguir o revogado do ainda vigente.*

*A consequência é a gradual expansão do nível de conflito jurídico na sociedade, com o congestionamento dos tribunais. As sentenças diárias demonstram que os juizes passaram cada vez menos pela aplicação direta das leis e mais por sua interpretação.*

*Os obstáculos começam na identificação das leis, passam pela localização de sua vigência e se estendem até à forma do texto, geralmente vazado em linguagem quase sempre incompreensível.*

Mais recentemente, a imprensa divulgou que a Câmara dos Deputados Federais estava por instituir uma comissão especial “*para consolidar e uniformizar em uma única*

<sup>120</sup> Os dados a seguir são extraídos da matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 18.06.95, sob o título “Luta contra o caos: planalto tenta mapear labirinto jurídico”.

*lei textos jurídicos repetidos e conflitantes*”<sup>121</sup>. Assiste-se, assim, a mais uma louvável tentativa de se organizar o caos legislativo detectado pela imprensa e devidamente reconhecido pelos próprios órgãos governamentais. Fato importante a registrar é que a maior parte dos normativos referidos pela imprensa corresponde àqueles que se ajustam à seara do Direito Econômico (Lei 4.595/64, Lei 6.024/74, normativos do BACEN e do Conselho Monetário Nacional etc).

À evidência, esta, por assim dizer, “má-qualidade” do ordenamento jurídico brasileiro não passa despercebida aos juristas e operadores do direito, que tem de aplicá-lo quotidianamente, independentemente da desorganização promovida pelo governo. E embora nem todos o reconheçam, parece lícito concluir que este quadro é decorrência direta da ideologia do positivismo jurídico e da intervencionismo crescente em todas as áreas que se entenda como politicamente recomendável. Considerada a índole totalitária e centralista implícita na ideologia intervencionista, não se trata de mera coincidência que a “inflação legislativa” tenha ganhado significativa expressão no regime militar, responsável pelo acréscimo de pelo menos 42,8 mil “regras com força de lei”.<sup>122</sup>

Não se trata, este incremento do número de normas de toda espécie, de uma situação peculiar ao Brasil, pois tal fenômeno já tinha sido considerado por Francesco Carnelutti, que fez uso da expressão “inflação legislativa”, e também, dentre outros, por Jean Carbonier e Georges Ripert (Cf. GRAU, 1990, p. 35; GOMES, op. cit., p. 71 *et seq*). Esta é, em verdade, uma das características mais eloqüentes e típicas do Estado Social. Ocorre que no Brasil o fenômeno ganha tintas fortes pela ausência de uma tradição liberal e pelo autoritarismo e centralismo incorporados à nossa tradição jurídico-política.

No Brasil, há mais de três décadas, Vicente RÁO (1991, p. 23-24), em introdução ao clássico *O direito e a vida dos direitos*, referindo-se às “novidades” do Direito Social e à chamada publicização do Direito, já tivera oportunidade de observar que ...

*Ante o tumulto legislativo contemporâneo, os mais pessimistas proclamam o declínio do Direito. Mas, nem o Direito está em declínio, nem seus princípios estruturais faliram.*

*Quem ousa sustentar o contrário, confunde princípios, que são normas universais e abstratas, com regras, que são preceitos particulares, mutáveis segundo as necessidades especiais de cada povo, de cada época, de cada fase, de cada necessidade social.*

<sup>121</sup> Reporta-se aqui à matéria publicada no jornal Folha de São Paulo, edição de 18.03.97, sob o título “Camara instala comissão para ‘faxina jurídica’”.

<sup>122</sup> Cf. matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo, *supra*.

....  
*[...] juntando as três correntes, o objetivismo sociológico, a publicização do Direito e a planificação da vida, resta à criatura humana só e unicamente a sobra de algum descuido do Estado, isto é, algum mísero e recôndito recanto da vida que, por acaso, haja escapado das garras desse monstro.*

Ante estes fatos bem conhecidos, questionava-se o prestigiado professor ...

*Deve, assim, o jurista, posto em presença desses fatores, permanecer inerte e limitar-se a explicar ou a aplicar apenas as regras técnicas do Direito?*

*Penso que não. Não ignoro que não é agradável reafirmar certos princípios, ou seja, os princípios que, resultantes de séculos de lutas, formaram e inspiraram a ordem jurídica fundada na liberdade humana.*

*Falar-se, por exemplo, em liberalismo, chega a ser imprudência, recorde-se, embora, que esta doutrina, partindo do conceito de liberdade, admite e até reclama a intervenção do Estado quando e enquanto necessária ao equilíbrio social, assim se distinguindo dos sistemas que a exigem, mesmo pela violência, permanentemente e em todos os setores da vida humana.*

Como se verifica, portanto, este pouco alentador cenário brasileiro não é recente e tampouco passou despercebida a “inflação legislativa” também aqui experimentada, bem como sua direta correspondência com o advento do Estado Social ou do Estado intervencionista e, pode-se dizer, do prestígio de pensadores de visões antiliberais.

O quadro atualmente vivenciado, em que o aumento da regulamentação se dá em progressão geométrica, dá consistência à afirmação de Hayek de que o ato de intervenção leva, em regra, a maiores intervenções. É de HAYEK (1985, V. III, p. 179) a consideração segundo a qual, embora possamos aperfeiçoar, não podemos recriar o que não compreendemos plenamente, devendo ser considerado que as instituições mais antigas resultam do conhecimento disperso de todos e não de uma vontade centralizada. Privilegiando-se esta sabedoria dispersa, é necessário estabelecer limites também à criação intencional de normas, sob pena de se sacrificar a ordem em sua coerência intrínseca. Parece confirmar-se, outrossim, a assertiva de HAYEK (1985, V. III, p. 33) de que os legisladores são ignorantes em Direito, ao menos na concepção tradicional do termo. Com efeito, com os olhos voltados principalmente para o jogo político, chega-se a imaginar que legislar é o mesmo que fabricar leis ou reformar livre e casuisticamente a sociedade e suas instituições.

Mais que tudo, o que chama a atenção é que os juristas de maior renome não consigam influir neste processo de forma a refrear esta maneira que nos parece inadequada ao enfrentamento da complexidade social, isto é, pela via do aumento dos casos de regulamentação pormenorizada. De outra parte, que outros juristas de igual ilustração tenham a este processo simplesmente aderido, sob a consideração de que se trata da dimensão atual, moderna e humana do Direito e que se opor a isto equivale a mal compreender a sua dinâmica.

Ante o esvaziamento dos conceitos tradicionais de Direito e de Justiça em decorrência da ansia de se reformar as instituições e modificar a conduta dos indivíduos à força, pela via legislativa, parece importante lembrar a todo instante, como faz o próprio HAYEK, que os valores morais dependem da liberdade individual (1985, V. II, p. 86); que não se pode substituir as escolhas individuais por padronizações sem se sacrificar a componente moral.

Embora seja possível conceber que o Direito moderno seja desprovido de conteúdo, importando tão somente a sua funcionalidade, é também possível, ideologicamente, oferecer críticas razoáveis a esta concepção, consideradas especialmente as tantas fissuras e sucessivas crises detectadas. É o que de certa forma pretende o “discurso neoliberal”, quando opõe-se ao intervencionismo cada vez mais ampliado e irresponsável, ao sabor de novas teorias. No Brasil, no entanto, os argumentos não conseguem abalar concepções e práticas profundamente arraigadas, que impõe a tutela sempre presente do Estado em campos os mais diversos.

#### ***4.4. Alguns aspectos do Direito Econômico***

A interferência sistemática do Estado, por meio de legislação, nas relações econômicas com vistas a alcançar fins específicos, comumente referidos como bem-estar, justiça social e desenvolvimento, que se acentuou a partir da 1ª Grande Guerra, fez com que a atenção de alguns juristas se voltasse para o estudo desta nova realidade, tendo sido possível identificar um novo ramo do direito, referido como “Direito Econômico”.

É facilmente reconhecível a relação entre o intervencionismo, que suscita este novo ramo jurídico e o advento do Estado Social (Cf. FERREIRA FILHO, 1988, p. 40).

No mesmo sentido, pode-se afirmar, com Geraldo Camargo Vidigal (*apud* NUSDEO, 1983, p. 21), que há uma relação inescindível entre o surgimento das novas técnicas do Direito Econômico e a crise do Direito.

Champaud (*apud* Gérar FARJAT, 1971, p. 15) teria visto no Direito Econômico não um novo ramo mas sim um “novo direito” a coexistir com o corpo de regras tradicionais. E, de fato, à normatização crescente da ordem econômica e social veio a corresponder o declínio do Direito como “*salvaguarda da liberdade individual*” (Cf. HAYEK, 1985, V. I, p. 106 *et seq*).

É certo que se pode constatar, com Paul HUGON (*op. cit.*, p. 42 *et seq*) e Oswaldo OPTIZ (*op. cit.*, 13 *et seq*)<sup>123</sup>, que a intervenção dos governos nas economias não é fenômeno recente, podendo se vislumbrar na lei Semprônia, de 123 a.C., um ilustrativo e remoto exemplo histórico<sup>124</sup>. Nada obstante, o intervencionismo que suscita a concepção de um “Direito Econômico” é fenômeno que só pode ser assimilado dentro de uma perspectiva histórica, que coloca em destaque o advento da primeira grande guerra (Cf. COMPARATO, 1965, p. 15 *et seq*) e os desdobramentos de uma Revolução Industrial, que dá ensejo a uma sociedade de massas (JACQUEMIN & SCHRANS, s.d, p. 35-36).

O intervenção progressiva dos governos na economia insere-se no contexto da transformação do modelo de Estado, no qual a crítica socialista exerce grande influência, favorecendo o declínio dos princípios liberais originalmente ligados a uma específica concepção de Estado de Direito. Surge assim um Direito que, conforme assinala COMPARATO (*op. cit.*, p. 16), vem a se constituir “*o corolário indispensável da constituição do Estado pós-liberal*”.

Eros Roberto GRAU (1981, p. 15 *et seq*) também assinala esta evidente relação entre o advento do Direito Econômico e o declínio dos princípios do liberalismo tradicional, contexto no qual se vislumbra a ascensão do Estado Social, concebido como instrumento de justiça social e desenvolvimento. Na bem formulada frase do autor “A

<sup>123</sup> A propósito, Geraldo Camargo VIDIGAL (1977: 24 *et seq*) assinala diversos atos visando impedir perturbações no mercado.

<sup>124</sup> Não menos desconhecidas são suas desastrosas consequências, dentre as quais assinala HUGON (*op. cit.* p. 42) o aumento de déficits orçamentários.

*'mão invisível' de Adam Smith é então substituída pela mão visível do Estado, conformadora da ordem econômica*" (op. cit., p. 18). Em outra passagem, anota que as ações episódicas e isoladas *"são agora substituídas por outras, racionais e programadamente dispostas"* (op. cit., p. 62).

No conceito de Eros Roberto GRAU (op. cit., p. 31) o Direito Econômico aparece como *"o sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal"*. Já Washington Peluso Albino de SOUZA (1994, p. 23), outro grande jurista que se dedica ao estudo do Direito Econômico, refere-se, a um *"conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica"* (grifou-se).

Ambos os autores acima referidos, não dissentindo do entendimento doutrinário prevalecente, elegem a política econômica como objeto deste novo ramo do Direito, sendo que Eros Roberto GRAU (op. cit., p. 31), oferecendo uma conceituação mais pormenorizada, destaca a *"visão macroeconômica"* de que parte a regulação, fazendo referência também à questão do *"mercado administrado"* e também à *"inspiração dos ideais de justiça social e desenvolvimento"*.

Washington Peluso Albino de Souza, ao destacar o aspecto "ideologia", em muito contribui para a compreensão das diversas faces que pode assumir a política econômica governamental, a determinar o conteúdo das normas de Direito Econômico. Pode-se falar, assim, em ideologia do desenvolvimento e da justiça social, em ideologia estatista ou socialista, em ideologia liberal etc, sendo necessário identificar na Constituição, como norma a que devem convergir as demais normas do ordenamento, a ideologia adotada.

Já Geraldo Camargo VIDIGAL (op. cit., p. 36 *et seq*) identifica no que comumente vem referido como "Direito Econômico" três distintas áreas disciplinares, a saber: o Direito Administrativo Econômico, consistente em regras de direito econômico voltadas para o desenvolvimento e bem-estar; o Direito do Planejamento, que cuidaria da *"definição dos fins subordinados e dos meios em tese"*; e, por fim, o Direito de Organização dos Mercados. É a este último que o autor reserva a denominação de Direito Econômico em sentido estrito, que, considerada a distinção entre Direito Público e

Privado, constituir-se-ia um *tertium genus*.<sup>125</sup> Neste, reconhece “a disciplina dos agentes privados, no exercício de atividades privadas, inspirada no interesse coletivo” (*op. cit.*, p. 40) ou, mais amplamente, “a disciplina jurídica corretora das distorções características das soluções de liberdade de mercado, abrangendo não apenas as distorções que afetam a competição, como as que induzem repartição desigual e as que alimentam flutuações em direção à crise” (*op. cit.*, p. 47).

No mesmo sentido a sintética definição de Ives Gandra da Silva MARTINS (1983, p. 110), para que o “Direito Econômico é a disciplina jurídica da macroeconomia”. É incontestável que o Direito Econômico, assim como o “Direito Social” (trabalhista e previdenciário), decorrem de uma maneira nova de conceber o Direito e a Justiça, e que leva a desdobramentos pouco conciliáveis com a perspectiva tradicional. E dúvida não há que este novo ramo corresponde ao próprio desenvolvimento da economia normativa e da perspectiva macroeconômica.

Embora nenhum dos grandes juristas acima, que elegeram o Direito Econômico como objeto de estudo, pretendesse ir além de identificá-lo e descrevê-lo, facilitando a compreensão desta nova realidade, para o que se valeram também do estudo realizados por outros importantes juristas estrangeiros, pode-se desde suas perspectivas identificar a dogmática que se elabora ante esta nova realidade. Em se tratando da experiência autoritária e centralista do Brasil faz-se necessário, contudo, examinar criticamente alguns aspectos fundamentais e categorias ligadas a este novo enfoque dogmático.

#### **4.5. Aspectos do intervencionismo**

Sendo o intervencionismo o fato essencial a que se vinculam as normas de Direito Econômico, é importante começar por fixar-lhe um conteúdo.

Laufenburger (*apud* VIDIGAL, 1977, p. 17, nota 21) teria visto no intervencionismo “uma ponte entre os sistemas socialistas e de iniciativa privada”. Imagem a que se pode acrescentar a observação de que esta ponte nasce com fissuras imensas, pelo que não tardaria a apresentar problemas estruturais.

<sup>125</sup> Também Wasington Peluso Albino de SOUZA (*op. cit.*, p. 86), considerando desatualizada a divisão entre Direito Público e Privado, vê no Direito Econômico um “Direito de Síntese, com implicações tanto



Em Ludwig von MISES (1977, p. 18), encontra-se uma definição ampla de intervenção, vazada em termos de “*norma restritiva imposta por um órgão governamental, que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem destes meios de uma forma diferente da que empregariam*”. É, como salientado pelo autor, um conceito que pressupõe a existência de propriedade privada.

Já Nêomésio José de SOUZA (1984, p. 69), tendo em mente o Título III (Ordem Econômica e Social) da Constituição de 1969, define intervencionismo como sendo “*a ação do Estado sobre o domínio econômico, de forma sistemática e planejada, objetivando a realização do bem estar-estar social e do desenvolvimento*”. SOUZA (*op. cit.*, p. 64 *et seq.*), secundando Eros Roberto Grau, considera que, nada obstante argumentos em contrário, não há razões que recomendem se admita diferenças entre intervencionismo e dirigismo, palavras que podem ser tidas por sinônimas.

De sua parte, Eros Roberto GRAU (*op. cit.*, p. 62) refere-se à “*ação desenvolvida pelo Estado no e sobre o processo econômico*”, assinalando também que este pressupõe que se reconheça um “*campo reservado à ação econômica do setor privado*”. Assim, assinala que tem por intervenção a “*ação que o Estado empreende no e sobre um campo reservado à liberdade de iniciativa do setor privado*” (*op. cit.*, p. 63).

Segundo se depreende da explanação de Nemésio de SOUZA (*op. cit.*, p. 72 *et seq.*) ao advento do intervencionismo correspondeu um alargamento do concepção tradicional de poder de polícia, definido este por Caio Tacito (*apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 73) como sendo “*o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais*”. Conforme o autor, nada obstante opiniões em contrário, intervencionismo e poder de polícia são termos relacionados, mas que não se confundem, pois ...

*O intervencionismo é um fenômeno de conteúdo marcadamente econômico, cujo estudo mais amplo, no terreno jurídico, fica a cargo do Direito Econômico, embora o conteúdo deste não se esgote na matéria das intervenções, e nem estas, por seu turno, sejam todas de natureza econômica.*

*O poder de polícia, ao contrário, traduz-se num conjunto de atribuições cometidas ao Poder Público, com restrições à atividade particular e aos direitos individuais, em prol do interesse público, estendendo-se sua atuação até os fins de natureza econômica. A sua conceituação se circunscreve ao âmbito do Direito Administrativo. (op. cit., p. 76).*

---

*no setor público quanto no setor privado”.*

....

*[...] como nem toda ação de intervenção do Estado no domínio econômico justifica a utilização do poder de polícia, igualmente, nem todo exercício do poder de polícia resulta numa atuação intervencionista do Estado no plano econômico.*

*E ainda mais: o intervencionismo estatal, para efetivar a sua política econômica, lança mão de técnicas jurídicas próprias que não se enquadrem na conceituação do poder de polícia. (op. cit., p. 77).*

Parece, efetivamente, que o intervencionismo é um fenômeno mais amplo que o poder de polícia, tal como concebido na doutrina administrativista. Todavia, absorvido o conceito de desenvolvimento e de justiça social no de interesse público, fica difícil reconhecer algo mais que o alargamento do conceito de poder de polícia. Esta é, a propósito, a fase a que corresponde a passagem do Estado Protetor ao Estado de Providência (Cf. ROSANVALLON, 1981, 20 *et seq.*).

Amplamente considerado, todo ato governamental consiste em uma intervenção, e, inevitavelmente, produz efeitos sobre as economias individuais. Poder-se afirmar que mesmo a imposição tributária constitui-se uma típica forma de intervenção na ordem econômica, embora o interesse do Direito Econômico volte-se apenas para a intervenção em sentido estrito.

A espécie de intervenção que tem interessado ao Direito Econômico considerar é aquela que visa alterar os resultados que seriam produzidos pelo livre jogo do mercado, sendo exemplo típico o controle de preços. É dizer aquela que age sobre o livre jogo de mercado e da livre iniciativa. Neste sentido, parece que Geraldo Camargo Vidigal está com a razão ao colocar em destaque o “direito da organização dos mercados”, como sendo o Direito Econômico em sentido estrito. É precisamente esta espécie de intervenção, que pode se dar, inclusive, por meio da participação direta do Estado em atividades comumente desenvolvidas pela iniciativa privada, que, segundo parece, tende a se opor o neoliberalismo. E é este tipo de intervenção que no Brasil, de modo geral, não tem na prática encontrado limites legais ou constitucionais, mesmo porque tais normas não se prestam a consagrar limites indubitáveis à atuação estatal.

Dentro da perspectiva jurídica neoliberal, a intervenção é indesejada quando não pode se conformar a normas de conduta justa. A intervenção realizada ao arrepio de tais

normas leva a crer que o governo serve-se sempre de um regime de exceção, não se conformando à idéia de Estado de Direito. É este um processo que tende-se a desenvolver num crescendo, uma medida suscitando outra, restando cada vez mais reduzida a liberdade individual e a espontaneidade dos agentes econômicos, que é a mola do desenvolvimento.

#### 4.5.1. Intervencionismo no Brasil

No Brasil, conforme registra Flavio RITANI (1990, p. 42 *et seq*), o Estado foi “relativamente não-intervencionista” até o governo Getúlio Vargas. De fato, até então, devido à própria estrutura econômica existente, limitava-se o governo a uma política tributária voltada para o comércio exterior e, no setor financeiro, a uma reduzida participação direta por meio do Banco do Brasil e das caixas econômicas.

Segundo RITANI (*op. cit.*, p. 42), o quadro do intervencionismo no Brasil alterou-se radicalmente somente a partir de 1950, fazendo anotar o autor que o número de unidades sob controle do governo passou de 30, em 1949, para 567, na década de 1970.

Pode-se dizer, assim, que os governos militares pós-revolução de 1964 promoveram um exacerbado intervencionismo, tornando o Estado o mais importante produtor e consumidor, optando por investir os recursos arrecadados em atividades produtivas guiados pela ideologia desenvolvimentista e pelo centralismo autoritário.

#### 4.6. Direito Econômico e Estado de Direito

Ainda na seara do Direito Econômico, chama a atenção a tendência de sobreposição da política ao Direito. É dizer, a diferenciação do Direito decorre da mudança de perspectiva quanto ao seu valor social, que é colocado em termos de funções a cumprir. A dogmática do Direito Econômico eleva-se a partir deste fato concreto, não se desprendendo dele as categorias com que opera, a exemplo de bem-estar e desenvolvimento. Como assinala expressamente Geraldo Camargo VIDIGAL (*op.cit.*, p. 51) que “*O Direito Econômico tem como objetivos o Desenvolvimento e o Bem-Estar Social*”.

Reconhecidos o desenvolvimento, o bem-estar social ou a justiça social como ideologias, difícil deixar de observar uma certa convergência de quase todas as normas de Direito Econômico para a mesma matriz ideológica. Esta matriz, que poderíamos chamar de ideologia do desenvolvimento ou do bem estar, é a que parece melhor atender contemporaneamente ao objetivo implícito em todo o jogo político, qual seja: conquista e manutenção do poder político.

Com razão Orlando GOMES (1977, p. 17-18), portanto, ao assinalar que ...

*O estado de espírito hoje predominante é, segundo MASPETIOL, o de aplaudir-se ou condenar uma lei consoante incite ou dificulte o desenvolvimento econômico. O valor normativo transferiu-se para o comportamento político na medida em que estimula e concorre para o desenvolvimento material da sociedade. A regra de Direito não se ordena mais a uma idéia de justiça; passa a ser aferida pela eficácia técnica”.*

De fato, o reconhecimento de um Direito Econômico representa o ponto destacado da percepção dessa transformação do Direito em “instrumento da política do Estado” (Cf. GOMES, *op. cit.*, p. 19), o que vem em prejuízo da segurança e certeza exigidas pelo Estado de Direito. O ideal de justiça universal é superado pelo que Robert NOZICK (1994, p. 191) referiu sob o título de “princípios de justiça distributiva de resultado final”. Tal aspecto, detectado por diversos juristas, corresponde ao que em F. A. HAYEK (1985, V. II, p. 104) é apontado como a transformação do direito privado pelo direito público; da justiça comutativa em justiça distributiva.

Orlando GOMES chegou a ver no Direito Econômico a “antítese do direito civil” a refletir “anomalias incontroláveis”, de que são exemplos “a) hipertrofia legislativa; b) a inconstância e instabilidade das leis; c) o casuismo; d) a falta de técnica legislativa; e) a origem espúria” (*op. cit.*, p. 24). O diagnóstico é, de fato, empiricamente comprovável e se ajusta como uma luva à realidade jurídica brasileira, em que o totalitarismo normativo assume a cada dia dimensões mais preocupantes.

No mesmo sentido, Otavio Bueno Magano (*apud* NUSDEO, 1983, p. 18) assinala, como características próprias do Direito Econômico, a “abundância de legislação; mobilidade das regras; particularismo das regras; dispersão das fontes normativas; objetivação das relações jurídicas; abrandamento da distinção entre Direito Público e

*Direito Privado*". No mesmo sentido, João Bosco Leopoldino da FONSECA (1995, p. 23 *et seq*) ao referir-se às características do novo Direito.

Tem razão Fabio NUSDEO (*op. cit.*, p. 18) ao afirmar que *"a norma de Direito Econômico traz em si, subjacentemente ou abertamente, a marca de um autoritarismo que muitos julgam ser inevitável sequela do liberalismo vigente até a década de 30 deste século"*. No Brasil este ranço do centralismo autoritário vai se denunciando, inclusive, nas decisões administrativas emanadas dos órgãos reguladores da economia.

À evidência, é muito difícil conformar a idéia de que o Estado possa e deva intervir sistematicamente nas relações econômicas, que constituem aspecto destacado das relações sociais, com vistas a alcançar resultados específicos, à estrutura tradicional do Estado de Direito, que subordina o exercício do poder de coerção a normas abstratas, fundadas em um critério impessoal de justiça. Estas normas veiculadoras de políticas governamentais, em grande parte das vezes alheias a direitos e garantias individuais, constituem-se, no entanto, como já afirmamos, o próprio conteúdo que distingue o Direito Econômico.

Tendo em vista as anomalias ínsitas aos novos ramos do Direito, Orlando GOMES (*op. cit.*, p. 20-21) chegou a identificar a substituição do Estado Direito pelo Estado-econômico, observando que *"a realidade jurídica passou a ser captada por novos métodos que implicaram: 1º) na indistinção entre a regra geral e a decisão individual do Poder Público; 2º) a diversificação das matrizes de produção jurídica; 3º) a adoção de política protecionista em relação a certas categorias de pessoas"*.

Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR (1990, p. 9) chamou a atenção também para a mudança de interpretação requerida pelo conceito de Estado de Bem-Estar Social, colocando-se em relevo, em temas de Direito Econômico, o aspecto atinente à percepção das normas constitucionais como *"instrumento de legitimidade de tarefas postas ao Estado, a realizarem-se em benefício da sociedade"*. É dizer, a política econômica sobrepondo-se ao Direito enquanto conjunto de normas gerais e abstratas e mitigando a importância dos direitos e garantias individuais quando em confronto com disposições de ordem pública. Esta interpretação, típica de Direito Econômico, é bem ilustrada pelo julgado abaixo, um exemplo de interpretação típica de Direito Econômico:

**IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. CONTRATO DE DURAÇÃO. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. AS NORMAS DE DIREITO ECONÔMICO, DE ORDEM PÚBLICA, SÃO DE APLICAÇÃO IMEDIATA, ALCANÇANDO OS CONTRATOS EM CURSO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AO DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ, 4ª T., REsp 4181-SP, DJ 20-05-91).**

Neste contexto, há, sem dúvida, uma certa tendência a que as chamadas normas com função eficaz de bloqueio, que correspondem aos direitos e garantias individuais, sejam mitigadas, posto reconhecer-se advirem de uma superada concepção individualista do Direito. A idéia de uma justiça universal, que impõe sejam as leis normas gerais e abstratas, é desprestigiada, ocupando seu lugar, como centro do fenômeno jurídico, as categorias “bem-estar”, “justiça social” e “desenvolvimento”, havendo um certo consenso em se admitir que a intervenção governamental é a forma racional de alcançar estes objetivos a curto prazo.

À parte a dissociação definitiva do Direito de um conceito impessoal de justiça, o que leva ao esvaziamento de seu conteúdo tradicional, a dogmática do Direito Econômico costuma admitir como certo que o surgimento deste ramo específico constitui-se uma consequência inevitável do aumento da complexidade das relações econômicas, impondo-se pela necessidade de se estabelecer *a priori* limites ao poder econômico privado, em outros moldes que não os tradicionais. Como consequência, que é dever primordial do Estado “organizar o mercado”, interferir na alocação de recursos e na distribuição de renda e assumir quase com exclusividade a condução do desenvolvimento por meio de uma ação planejada. Esta, invariavelmente, acaba por repercutir em todos os segmentos das relações econômicas e implica em um intervencionismo crescente e em medidas discriminatórias.

Ao que parece, portanto, as normas de Direito Econômico, e a dogmática que a partir de sua descrição se elabora, podem ser vistas como o desdobramento de uma determinada perspectiva do Direito e da Sociedade, resultante do positivismo jurídico e que vai ao encontro do chamado racionalismo construtivista, que desconhece o Direito e o mercado como ordens complexas, que atende a fins diversos e cujos efeitos benéficos estão precisamente em permitir que os interesses múltiplos possam se conciliar sem necessidade de um prévio entendimento.

Poder-se-ia afirmar que, na perspectiva de F. A. Hayek, o Direito Econômico surge da superestimação do conhecimento disponível que uma autoridade central pode deter, estando sua ascensão relacionada com a “era socialista”, que corresponde aos últimos cem anos, com a sublimação do poder político concentrado e que teria dado vazão à vocação totalizante do Estado. Neste sentido é que este ramo viria a cristalizar, na seara jurídica, a perspectiva contrativística do Estado Social.

É importante ressaltar que a perspectiva que engendra o Direito Econômico pretende, evidentemente, conjugar duas matrizes ideológicas distintas desde seus fundamentos essenciais, recusando validade à assertiva segundo a qual *“quando se começa a interferir assistematicamente na ordem espontânea, é impossível parar, sendo portanto necessário escolher entre sistemas alternativos”* (HAYEK, 1985, V. I, p. 65).

Na visão de Ludwig von Mises (*op. cit.*, p. 25), contudo, *“Não há outra escolha: ou o governo abandona a interferência restritiva nas forças de mercado, ou assume o controle total da produção e da distribuição. Ou o capitalismo ou o socialismo: não há meio-termo”*. Embora se possa considerar que a frase veicula uma visão maniqueísta do problema, presta-se a destacar como imperiosa a necessidade de que haja coerência entre os princípios que pretendem reger a ordem econômica e social. No caso brasileiro, por exemplo, pode-se afirmar que a indecisão relativamente ao regime da livre iniciativa tem contribuído para um ordenamento jurídico fundado em base pouco sólida.

#### **4.7. Direito Econômico e complexidade**

Parece lícito afirmar que a dogmática do Direito Econômico assenta-se sobre as seguintes considerações acerca do intervencionismo: a) à parte representar o resultado da luta de movimentos sociais, trata-se de decorrência lógica da complexidade social alcançada, que impõe um planejamento mais ou menos centralizado, de forma a fazer frente às novas questões colocadas pelo advento da sociedade industrial; b) é entendido como um dever do governo, pois é sua função promover o desenvolvimento e a justiça social, o que impõe a intervenção corretiva nos mecanismos de mercado.

À primeira consideração, pode-se opor o argumento fundamental de F. A. Hayek de que só um alto grau de liberdade individual e de descentralização permitiu que chegássemos a este nível de complexidade e desenvolvimento, e que cada alteração pela via legislativa, sem levar em conta os princípios necessários à estabilidade interna da ordem complexa que é o Direito, tende a gerar resultados imprevisíveis e indesejados e, o que é pior, resultados estes que tendem a não ser considerados em estatísticas.

Considera HAYEK (1985, V. I, p. 66) que “*As ‘necessidades’ de política de governo são geralmente consequência de medidas anteriores*”. Daí porque a “hipertrofia legislativa”: quanto mais se legisla, mais se tende a legislar; como se fosse possível administrar a complexidade estabelecendo normas cada vez mais voltadas para fins e situações específicas.

Segundo a já exposta concepção de Hayek, o Direito numa Sociedade Livre não pode servir de instrumento para se atingir este ou aquele objetivo de um determinado governo; sua vocação consiste em proporcionar condições favoráveis a que todos os objetivos individuais possam ser perseguidos, favorecendo a realização de expectativas justas, segundo um critério universal. O que se leva em conta é que o governo ou a autoridade central não detém conhecimentos suficientes que possam justificar o uso de poderes de coerção sem fundamento em normas de conduta justa. Pressupor que o possa é superestimar a racionalidade de alguns em detrimento do saber individual disperso.

Tal não significa que para a perspectiva considerada é inconcebível que o governo possa planejar ou intervir na ordem econômica e social, mas sim que não deve fazê-lo sistematicamente e a todo momento, visando a resultados concretos, a partir de conceitos macroeconômicos. Estes, a propósito, cada vez mais não logram atingir consenso, mesmo entre os próprios tecnocratas. Deve o governo agir criando uma estrutura jurídica adequada e relativamente estável e, no mais, procurando aplicar no interesse comum os recursos públicos colados à sua disposição, especialmente com vistas a atender aos que se encontram alijados do mercado, procurando, para tal e como critério de economicidade, valer-se do próprio mercado, que parece ser o mecanismo de alocação de recursos escassos mais eficiente que se conhece.



Sob o aspecto da racionalidade, não pode haver dúvidas de que o planejamento se faz necessário a qualquer organização ou mesmo à ação humana individual que vise alcançar determinados objetivos. Não se deve desprezar, contudo, o fato de que o planejamento central, direta ou indiretamente, sempre implica em interferir na liberdade de iniciativa e, sendo assim, quando implique em coerção, deve se submeter às limitações impostas pelo Estado de Direito, evitando-se, assim, que expectativas legítimas sejam frustradas injustamente pela política governamental.

O que se leva em conta é que o que legitima o Direito numa Sociedade Aberta não é fato de que ele visa ou atende a resultados específicos, mas sim o de que ele favorece o incremento das condições para que todos possam alcançar seus objetivos livremente escolhidos, de acordo com uma escala pessoal de valores. Este é o sentido de liberdade, *“um estado no qual cada um pode usar seu conhecimento com vista a seus propósitos”* (op. cit., p. 62).

#### 4.7.1. Direito econômico e desenvolvimento

Uma outra crítica de inspiração neoliberal que se poderia fazer à dogmática do Direito Econômico refere-se à “ideologia do desenvolvimento”, esta concepção imprecisa imanente à feição atual do dirigismo. No caso do Brasil, trata-se de superar o subdesenvolvimento, sendo indicado, portanto, considerar o problema sob este enfoque.

Celso de Albuquerque MELO (1993, p. 13), refere-se a quatorze aspectos que Yves Lacoste aponta relativamente ao subdesenvolvimento, que considera difícil de caracterizar, dentre os quais seleciona os seguintes: *“a) insuficiência alimentar; b) grande número de analfabetos, epidemias e alta taxa de mortalidade infantil; c) proporção elevada de agricultores com baixa produtividade; d) ‘industrialização restrita e incompleta’; e) fraqueza das classes médias; f) grande número de desempregados e sub-empregados; g) amplo crescimento demográfico etc”*.

Não vem a propósito a referência a números ou estatísticas, mas se aceito como verdadeiro o argumento de que a intervenção do Estado no domínio econômico não se constituiu uma exceção no Brasil, até mesmo porque nossas constituições, desde a de 1934, passaram a adotar um “padrão-social”, pode-se considerar que, empiricamente, é ao

menos duvidosa a tese de que o Estado interventor, no caso brasileiro<sup>126</sup>, tenha se constituído um fator determinante no desenvolvimento, designadamente no que se refere aos chamados indicadores sociais<sup>127</sup>, aspecto destacado do conceito de “justiça social”. Pode-se dizer que o “resultado final” a que remete esta concepção de justiça passou longe do esperado.

Com relação ao aspecto fundamental dos indicadores sociais no Brasil, nada obstante algum avanço, é irrefutável a constatação de que estes traduzem resultados pífios em se considerando os recursos subtraídos da sociedade e por suposto “investidos no desenvolvimento”. Neste sentido, embora o “patrimonialismo modernizador” das elites técnicas tenha possibilitado a industrialização rápida do país, o que atenderia apenas a um dos aspectos declinados, nada há que dê sustentação a esta “ideologia do desenvolvimento”, considerados os resultados para os quais apontam os indicadores sociais. Tem-se a impressão, com efeito, de que a questão social foi ignorada, senão agravada.

Em verdade, além do desenvolvimento ser um conceito dinâmico que deve levar em conta uma considerável gama de elementos culturais variáveis, os próprios economistas já colocam em dúvida os fundamentos das chamadas teorias desenvolvimentistas. Para alguns economistas, os resultados alcançados pela aplicação de tais teorias apontam para o fracasso das concepções envolvidas.

Deepak LAL (1987), por exemplo, sustenta que tais concepções têm base pouco sólida, o que se comprova tanto na teoria como na prática, e que a “falha burocrática” tende produzir efeitos em geral piores que as chamadas “falhas de mercado”, à parte a atividade governamental implicar em altos custos de transações. Segundo LAL (*op. cit.*, p. 17), que refuta as teses em que se sustentam as políticas de industrialização forçada, “*Há poucos, se há algum, instrumentos de política governamental que não sejam distorsivos, no sentido de não induzirem agentes econômicos a se comportarem menos eficientemente em alguns aspectos*”. É dizer, resta claro que não se deve ignorar também a falibilidade

<sup>126</sup> Diz-se no caso brasileiro, porque não há como considerar o desenvolvimento *in abstracto*.

<sup>127</sup> Apenas para exemplificar, conforme noticiado pela imprensa, a média de “desenvolvimento humano” do Brasil, conforme relatório de 1996 do Pnud (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) e

da mão visível do Estado (Cf. NUSDEO, 1983, p. 23) e os elevados e injustos prejuízos que acarreta, além das distorções que provocam por toda a economia.

De outra parte, a própria macroeconomia tem sido colocada em discussão, chegando David SIMPSON (1995) a questionar o seu futuro, ao tempo em que reconhece, a exemplo do que faz o próprio F. A. Hayek e outros economistas, que o conhecimento de Lord Keynes sobre economia era meramente intuitivo (*op. cit.*, p. 20).

Sem adentrar demasiado em discussão pertinente aos economistas, o fato é, que transformado o Direito em mero instrumento da política governamental, a aferição de sua legitimidade tende a se vincular diretamente à realização efetiva do desenvolvimento ou do bem estar em prazos relativamente curtos. Não se pode afirmar, no caso brasileiro, que a manipulação de agregados, a exemplo de produção total, investimento total, nível de emprego etc., tem se prestado a melhorar a situação social concreta daqueles que se encontram à margem do desenvolvimento. Não existem, outrossim, “metas consensualmente traçadas” ou objetivos comuns, compartilhados mais amplamente pela sociedade, resumindo-se a legitimidade à mera ficção dos governos representativos.

Aproveitando a argumentação de Hayek, chega a ser difícil conceber que um governo que mal consegue desincumbir-se a contento daquelas funções básicas que desde do século XVIII já lhe eram reconhecidas, possa alcançar êxito ao desempenhar outras muitíssimo mais intrincadas e que demandam um conhecimento mais sofisticado. No máximo, o que têm conseguido realizar é o que, aproveitando expressão de Miranda NETO (1981, p. 29), poder-se-ia chamar de “pobreza planejada”, com benefícios mínimos para a redução significativa da pobreza, mas com grande proveito para a modernização do capital.

É difícil admitir que uma organização que administra recursos “comuns” colocados à sua disposição segundo critérios anti-econômicos, vale dizer segundo critérios políticos, possa desincumbir-se satisfatoriamente de orientar a ordem complexa do mercado para fins específicos, a partir de uma visão macroeconômica, fazendo-o especialmente a favor dos interesses das classes menos poderosas. O que se percebe é que, ao procurar fazê-lo,

---

pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), encontra-se abaixo da média da América latina. A propósito jornal **Folha de São Paulo**, 18.06.96.

tendo em vista uma escolha centralizada, é quase inevitável, que, à parte colocar em jogo a estabilidade de ordens complexas como o mercado, e também o Direito, provoque prejuízos injustos a interesses individuais que deveriam ser amparados. Reprime-se, assim, a realização das expectativas legítimas, quando seria razoável esperar que o governo oferecesse a estas alguma segurança. De outra parte, os recursos comuns, que deveriam servir especialmente para prestar assistência aos que se encontram à margem do mercado, são utilizados para atender outros interesses, segundo a pressão dos grupos mais poderosos e melhor articulados.

Não há dúvidas, é de se convir, que a centralização de decisões e de recursos pode em curto prazo industrializar um país e aumentar a produção de riquezas, mas não parece razoável confundir tais aspectos isolados com desenvolvimento, especialmente porque os custos, sob todos os aspectos, costumam se mostrar muito mais altos que os benefícios sociais e com desdobramentos indesejados, pouco percebidos, mas bastante deletérios, a exemplo do crescimento desenfreado do déficit público e do debilitamento do sistema de livre iniciativa.

A propósito desses efeitos pouco percebidos, mostra-se adequada a ponderação de A. V. Dicey (*apud* HAYEK, 1985: V. I, 63, nota 3) no sentido de que ...

*“O efeito benéfico da intervenção do Estado, especialmente sob forma da legislação, é direto e, por assim dizer, visível, enquanto seus efeitos nocivos são graduais e indiretos, escapando à nossa percepção (...) Por isso a maior parte da humanidade encara necessariamente com excessiva benevolência a intervenção governamental”.*

A nós parece evidente que a doutrina ao mesmo tempo em que descreve os fatos e as categorias os valoriza, ainda que implicitamente, sendo, portanto, necessário que o Direito Econômico, em sua metodologia pluridisciplinar (Cf. Albino de SOUZA, *op. cit.*, p. 83), não perca de vista o fato de que alguns conceitos da ciência econômica estão sendo questionados exatamente pela falta de fundamentação. De outra parte, que algumas ideologias são por natureza contra o concepção de Estado de Direito e se conciliam muito desajeitadamente com um nível mínimo de liberdade individual. Com razão, portanto,

Orlando GOMES (*op. cit.*, p. 49-50)<sup>128</sup>, quando observa que *“A ação estatal em prol do desenvolvimento há de consistir, em suma, na promoção de reformas que ampliem a liberdade de ação dos indivíduos e facilitem o aproveitamento das oportunidades econômicas”*.

Para HAYEK (1983, p. 269), não é a relação entre custo e benefício o que interessa destacar, mas a compatibilidade das intervenções governamentais com o Estado de Direito. É necessário, com efeito, realizar uma “crítica imanente”, para verificar a compatibilidade ou coerência das determinações governamentais com as normas tradicionais reconhecidas (1985, V. II, p. 26-27). Sob este enfoque não parece absurdo pretender deva o Direito voltar a ocupar seu *“papel de força reacionária, de elemento resistente que os órgãos de governo estimariam contornar para promover por meios imediatos e diretos o que lhes parece ser o bem comum”* (GRAU, *op.cit.*, p. 9).

Assim, embora irrecusável o argumento de que as instituições jurídicas podem e devem sofrer transformações, não nos parece necessário tampouco recomendável que isto ocorra em grandes saltos, a reboque de políticas governamentais ambiciosas, orientadas pela perspectiva da reengenharia social e pelo desejo da manutenção do poder. É nosso entendimento que o Direito encontra-se, de fato, em constante evolução. Não se pode esquecer, contudo, que seus mais antigos e eficazes institutos resultaram, não de mentes privilegiadas e isoladas em gabinetes, mas exatamente de uma evolução policêntrica para o que contribuiu diversas experiências individuais.

Para que possa existir um Estado de Direito, é necessário que as arbitrariedades sejam contidas e que a atividade legislativa seja também contida em normas gerais abstratas, prospectivas e dotadas de razoável estabilidade. Embora não seja hodiernamente concebível a existência de direitos absolutos, admitindo o próprio HAYEK (*op. cit.*, p. 264) a possibilidade de sacrifícios temporários, sob um Estado de Direito, *“toda ação coercitiva do governo deve ser determinada sem ambigüidades por uma estrutura legal permanente que permita ao indivíduo planejar com certo grau de confiança e que, reduza, tanto quanto possível, a incerteza”* (Cf. HAYEK, *op. cit.*, p. 270).

<sup>128</sup> Ao que consta, Orlando GOMES (*op. cit.*, p. 26), resistiu a vislumbrar no direito econômico a formação de um ramo jurídico autônomo, preferindo inicialmente encará-lo como sendo o direito civil, comercial e administrativo “alterados na matriz filosófica e no método”.

O objetivo do Direito Econômico, considerada a ideologia liberal em seus fundamentos, deveria ser, assim, fornecer as regras gerais para o funcionamento da livre concorrência, privilegiando-se a ação individual e a criatividade desembaraçada, circunscrevendo-se principalmente ao âmbito do Direito Financeiro e Tributário as normas voltadas para erradicação da pobreza e redução das desigualdades.

#### **4.8. A mão visível do Estado**

Na experiência brasileira, há significativos exemplos de desorganização do mercado e da economia a partir de medidas legislativas, casos que poderiam bem ilustrar os efeitos indesejáveis do intervencionismo, sendo um dos mais expressivos ~~da~~ indexação total da economia, que elegemos como exemplo.

Inaugura a Lei n. 4357/64, cujo objetivo principal era apenas corrigir monetariamente débitos fiscais, sob a inspiração do então Ministro Roberto Campos, um período extremamente conturbado da história monetária do país. Com efeito, este diploma legal teve por efeito indesejado desencadear um processo que levou à desorganização total do sistema de preços, engendrando um processo de inflação inercial<sup>129</sup> com desdobramentos graves para as economias individuais e também para os direitos e garantias individuais. Evidente que o efeito não era desejável e tampouco previsível àquela ocasião.

Otto GIL (1977, p. 481), chama a atenção para a disseminação da correção monetária a partir de 1964, característica principal do que refere sob a designação de “famigerado modelo econômico”, relatando o fato nos termos seguintes:

*Em 1964, o Governo Federal criou a ORTN de valor nominal reajustável, periodicamente, e resolveu determinar a correção monetária das dívidas fiscais e dos débitos para com as caixas de aposentadorias e pensões, força da Lei n. 4.357/64, que se foi ampliando, rápida e avassaladoramente, a correção monetária das dívidas de valor; nos contratos de execução sucessiva e diferida no tempo: locação precial; incorporação e imóveis; Plano Nacional de Habitação; desapropriação; indenização por seguro.*

<sup>129</sup> Costuma-se falar em inflação inercial quanto esta não se justifica nem em termos de aumento de custos nem de demanda. SAMUELSON (1993, p. 855) assim a define: “Um processo de inflação sustentada que ocorre quando é esperado que a inflação persista e a taxa de inflação corrente é integrada nas expectativas dos agentes econômicos e nos contratos”.

Tendo em vista conter o processo inflacionário, que assumia proporções cada vez mais graves, novas e drásticas medidas governamentais, os chamados “pacotes econômicos”, que tiveram por efeito conturbar ainda mais a ordem jurídica e o Poder Judiciário, foram adotadas pelo governo, invariavelmente impondo violações injustas a direitos e garantias individuais. Já sob a égide da Constituição de 1988 e no momento em que se inaugurava um novo período democrático, pôde-se assistir a mais uma dessas tentativas de conter o processo inflacionário, tendo o país experimentado desta feita o ato de intervenção na ordem econômica mais desastroso e inimaginável de sua história, veiculado este pela Medida Provisória n. 168/90.

Como se sabe, a Medida Provisória n. 168/90, de 15 de março de 1990, posteriormente convertida na Lei 8.024/90, de 12 de abril de 1990, ao mesmo tempo em que instituiu um novo padrão monetário, determinou o bloqueio dos ativos financeiros representados por saldos dos depósitos à vista e de caderneta de poupança<sup>130</sup>, no que excedessem a NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), pouco mais de treze salários mínimos vigentes à época, determinando sua transferência ao Banco Central do Brasil. Os valores excedentes a NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), transferidos àquela autarquia federal, deixaram de ser convertidos ao novo padrão monetário, permanecendo indisponíveis até 16 de setembro de 1991, data a partir da qual foram liberados em 12 (doze) parcelas mensais, iguais e sucessivas.

Amparado no *iure imperii*, a experiência da Medida Provisória n. 168/90, que objetivou conter o processo inflacionário pela via do estrangulamento da base monetária, muito bem demonstrou a inexistência de limites efetivos ao poder governamental. Com efeito, nada obstante constituir-se em um flagrante ato de arbitrariedade, que seria impensável em um país com alguma tradição constitucional, a norma foi aprovada pelo Congresso Nacional e sobreviveu ao controle direto de constitucionalidade, já que o Supremo Tribunal Federal só veio a se posicionar diretamente acerca do bloqueio após a liberação dos valores na forma da “lei”.

---

<sup>130</sup> Conforme art. 7º da Lei 8024/90, houve disposição específica relativamente aos depósitos a prazo fixo, as letras de câmbio, os depósitos interfinanceiros, as debêntures e os demais ativos financeiros, bem como os recursos captados pelas instituições financeiras por meio de operações compromissadas.

Fabio Konder COMPARATO (1996, p. 189-193) foi um dos respeitáveis juristas que tiveram oportunidade de analisar a Medida Provisória n. 168/90, designadamente no que se refere ao seu art. 17, que tratava de “empréstimos” do Banco Central do Brasil para que as instituições financeiras pudessem fazer frente às operações ativas contratadas em cruzados novos, ocasião em que ressaltou que não se tratava de verdadeira lei, seja em virtude da fonte de que emanava - o Poder Executivo -, seja em virtude do próprio conteúdo da imposição. De outra parte, assinalava a flagrante inconstitucionalidade de seus dispositivos, nada obstante confirmados pela Lei n. 8024/90.

Indubitavelmente, conforme sustentado por inúmeros juristas àquela época, a Medida Provisória n. 168/90 constituiu-se um flagrante atentado à ordem constitucional. Conforme assinalou Fabio Konder COMPARATO (op. cit., p. 189) “*nada ficou de pé: nem liberdade individual, nem propriedade privada, nem segurança jurídica*”.

O que chama atenção, contudo, não é tanto a inconstitucionalidade flagrante da medida governamental em exame, tampouco que esta não tenha, efetivamente e como tantas outras, se prestado a alcançar aos fins visados, qual seja, debelar o processo inflacionário. Preocupa e chama a atenção, isto sim, o fato de o Governo ter podido ir tão longe, forçando uma quantidade expressiva de pessoas e empresas a recorrer ao Poder Judiciário para que juízes e tribunais, no controle difuso da constitucionalidade, pudessem declarar o óbvio: que a medida violara comezinhos princípios constitucionais. Impressiona, com efeito, o fato de que inúmeros cidadãos tiveram que recorrer ao Poder Judiciário, arcando com custas processuais e honorários advocatícios e, destarte, sofrendo sensível e injustificada diminuição patrimonial, à parte o desgaste emocional e os prejuízos irreversíveis, com vistas a evitar que direitos tão incontroversos sofressem tão arbitrária violação por força de medida governamental dirigida a fins específicos.

Muitas podem ser as interpretações para a violência juridicamente perpetrada pela Medida Provisória n. 168/90, mas ao que nos parece, do ponto de vista jurídico, todas tendem a convergir para um estado de coisas em que claramente se sobressai a supremacia da política sobre o Direito, um quadro preocupante em que os instrumentos de controle do poder apresentam-se insatisfatórios e que a crescente intervenção governamental é aceita com certa naturalidade, assumindo o Poder Executivo o papel de



principal legislador. É dentro da dogmática dos novos ramos do Direito, com destaque para a seara do Direito Econômico, que parecem ser encontráveis as explicações para o crescimento do poder arbitrário do governo, que, nada obstante pareça ter atingido seu auge no experimentalismo dos tecnocratas de 1990, vem se espalhando desde a muito a partir desta uma nova concepção de Estado e de Sociedade.

Fabio Konder COMPARATO (*op. cit.*, p. 186 *et seq.*), ao assinalar que a diferença entre leis e medidas executivas ou governamentais, fazendo notar que as primeiras dirigem-se ao futuro, revestindo-se do caráter de abstração e generalidade, conforme assinalado por Ernst Forsthoff, lembra uma velha lição que parece fadada ao esquecimento. Suscita, assim, a reflexão acerca do conteúdo das normas de Direito Econômico e suas regras de interpretação. Ora, basta que se observe a grande maioria das normas deste novo ramo para que se verifique com que dificuldade ajustam-se elas ao esquadro das leis enquanto normas prospectivas, gerais e abstratas. É esta, como se disse, a característica fundamental que permite reconhecer na “diferenciação do direito” este seu “novo ramo”.

Assim, nada obstante se possa identificar “regras de Direito Econômico”<sup>131</sup> a serem observadas por juizes, juristas e legisladores (Cf. SOUZA, *op. cit.*, p. 92-103), a Medida Provisória n. 168/90 e os desdobramentos verificados no Congresso Nacional, e também em termos de controle direto da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, levam a crer que não são nada exageradas as considerações acerca da substituição do Estado de Direito pelo Estado-econômico ou da supremacia do político sobre o jurídico. Como o demonstrou a experiência de 1990, os efeitos perniciosos e irreparáveis das intervenções governamentais na ordem econômica podem dar-se dentro da esfera da mais estrita legalidade.

Para uma concepção de Estado de Direito tal qual exposta por F. A. Hayek não há dúvida de que nem o controle da inflação, nem tampouco a busca do desenvolvimento ou da “justiça social”, podem justificar medidas governamentais que, veiculadoras da política

<sup>131</sup> Washington Peluso Albino de SOUZA (*op. cit.*, p. 94-103) apresenta doze “regras de direito econômico”, a saber: a) regra do equilíbrio; b) da equivalência; c) da recompensa; d) da liberdade de ação; e) da primazia da realidade social; f) do interesse social; g) da indexação; h) da utilidade pública; i) da oportunidade; j) da razão; l) da irreversibilidade; m) da precaução.

econômica do governo de ocasião, não se possam conformar a verdadeiras leis, isto é, a normas de conduta justa. Vê-se, assim, o quanto está o Brasil longe de ser um Estado de Direito enquanto ideal político-jurídico contra o poder arbitrário dos governantes.

## Considerações finais

O que se procurou acentuar no decorrer da exposição, é que a crítica “neoliberal” encontra terreno fértil no contexto contemporâneo tendo em vista as distorções decorrentes do intervencionismo e da politização do Direito. Não se reveste tal crítica propriamente de originalidade e tampouco pode ser considerada uma visão meramente reacionária, no sentido preciso do termo.

Em verdade, se prevalece hodiernamente certa hegemonia em torno de algumas concepções tidas por neoliberais, deve-se admitir que tal decorre principalmente do fato de que algumas das críticas são oportunas em se considerando as diversas crises vivenciadas pelas instituições jurídico-políticas contemporâneas que, concebidas sob a inspiração liberal, sofreram significativa influência das doutrinas socialistas.

Não duvidamos da razoabilidade de algumas das críticas à abertura da economia, opção política relacionada com as “reformas neoliberais”, notadamente se levadas em conta as limitações e especificidades dos países subdesenvolvidos, que enfrentam condições desfavoráveis à competição no mercado internacional. É preciso reconhecer, contudo, que tal crítica diz respeito mais a aspectos econômicos que jurídicos propriamente ditos.

No que se refere ao ordenamento jurídico, para o caso brasileiro, era de se esperar que a crítica “neoliberal” contasse com um maior grau de aceitação entre os juristas já que se aplica a problemas amplamente conhecidos e reconhecidos. Com efeito, a politização da lei (Cf. FERREIRA FILHO, 1988, p. 46-47) e seus deletérios efeitos, assim como o intervencionismo e a publicização do direito são aspectos de uma mesma realidade, que há muito vem sendo denunciados por juristas de reconhecida sobriedade. Não há assim propriamente novidade, sendo injustificável e desproporcional a inquietação com a “crítica neoliberal” na seara do Direito. E se as propostas não são as melhores, é preciso reconhecer que em muitos aspectos são coerentes e fundamentadas, o que não recomenda que sejam simplesmente rejeitadas em bloco, sob um argumento ideológico qualquer.

Chama a atenção que os debates se travem em torno de “verdades” e “mentiras”, bem ao sabor das convicções ideológicas profundamente arraigadas, e não levando-se em

prática, algumas propostas das partes em conflito se mostrem muitíssimo semelhantes e, quando não, absurdas ou exageradamente utópicas.

É importante considerar que não se trata de se render simplesmente o mercado ou, de modo contrário, sublimar o Estado, mas de reconhecer-lhes as possibilidades e as limitações, sob pena de se ter que admitir que assumir esta ou aquela posição é tão-somente uma questão de fé. *In casu*, para se tecer críticas com alguma consistência é necessário que se procure reconhecer o que move e confere coerência a estes dois complexos sistemas sociais que são o Direito e o mercado. Seria aconselhável, assim, que os governos procedessem refletidamente diante da complexidade que se lhes apresenta. E mais: que se movessem dentro de uma estrutura jurídica estável e bem conhecida que impusesse limites efetivos a todo poder.

DAHRENDORF (1992, p. 57) tem razão ao afirmar que *“os mercados fracassam em realizar as mudanças de prerrogativas e os governos fracassam em realizar os aumentos nos provimentos, mas seria errado responsabilizá-los pelo que não têm meios de fazer”*. De qualquer forma, parece que não cometemos grave injustiça ao responsabilizarmos os governos pelo atos irresponsáveis que praticam sob a consideração de que tudo lhes é possível e que podem mudar a realidade econômica e social com a edição de belos textos legais.

Concordamos com a afirmação de Nemésio de SOUZA (*op. cit.*, p. 14) no sentido de que *“A verdade é que a política econômica não produzirá os resultados desejados, na transformação das estruturas econômicas, se não estiver alicerçada no Direito. Da maior ou menor virtude deste dependerá o sucesso ou o fracasso daquela”*. É por isto que entendemos que a sobreposição de ideais políticos ao conteúdo e natureza do Direito apresenta-se-nos como um procedimento deletério e contrário à liberdade necessária ao amadurecimento dos valores morais.

Em conclusão, o que resta para nós muito claro é que, de lado a lado, há muitos que não hesitariam em impor à força, e sem a menor hesitação, as suas maravilhosas concepções de mundo. Isto considerado, inclinamo-nos a entender que o Direito deve recuperar seu *status* como salvaguarda da liberdade individual, tendo razão F. A. HAYEK e os neoliberais ao pretenderem destronamento da política.

## Resumo

O termo “neoliberalismo” tem sido utilizado para designar duas tendências distintas do liberalismo pós-segunda guerra, o social e o abstencionista ou não intervencionista. Na atualidade, é principalmente no segundo sentido que a palavra vem sendo com mais frequência empregada.

Este “novo” liberalismo pode ser visto como uma reconciliação com os fundamentos da doutrina e encontra nas idéias de intelectuais como Friedrich A. Hayek, Karl Popper, Robert Nozick, James Buchanan, Guy Sorman e Milton Friedman, dentre outros, seus expoentes. Trata-se de uma crítica ao Estado intervencionista e às indesejáveis consequências que engendra (déficits públicos, inflação, autoritarismo, excesso de regulamentação, cerceamento da liberdade individual etc). Historicamente, pode-se situar na década de 1940 as primeiras manifestações desta crítica ao Estado Social e às concepções que traz consigo.

A crítica “neoliberal” tem encontrado espaço para disseminação como prática política principalmente a partir da década de 1980, quando o modelo do Estado Social começa a apresentar sérios problemas estruturais. Esta crítica é dirigida às tendências socialistas que ganharam projeção especialmente nos últimos cem anos, sendo recolocada na agenda a rediscussão de valores e conceitos como o de liberdade, igualdade, justiça e democracia. Na seara do Direito, especificamente, a crítica tende a voltar-se contra as consequências do positivismo jurídico, que favoreceu o excesso de regulamentação, a supremacia da política sobre o Direito e a ausência de limites à atuação governamental.

Friedrich A. Hayek é comumente apontado como o pai do “neoliberalismo”, tendo lançado em 1944 a obra *O caminho da servidão*. Conhecido e prestigiado por alguns juristas brasileiros, o núcleo do pensamento do economista e filósofo político é o conceito de evolução e de ordens espontâneas.

Para Hayek as instituições sociais mais duradouras e eficazes constituem-se o fruto de um lento processo de evolução, impondo-se estas pelas vantagens que oferecem aos grupos que delas se utilizam. Tais instituições, altamente complexas e de que são

exemplos o Direito e o mercado, não foram intencionalmente criadas ou organizadas por alguém, resultando da interação de todos os indivíduos na busca de seus próprios objetivos. Dada a sua complexidade, não podem ser livremente alteradas sem que se ponha em risco o seu funcionamento, não se devendo, portanto, confundi-las com organizações, estas sim criadas intencionalmente e com vistas ao atendimento de um fim específico eleito por seus criadores. A partir desta concepção, que remonta aos clássicos do pensamento liberal, é tecida a crítica às concepções “construtivistas”, cujo exemplo maior é o socialismo em suas diversas formas. Pretendem estas criar e modificar livremente as instituições sociais a partir de um pretenso conhecimento centralizado dos fatos e circunstâncias envolvidas. Este conhecimento, no entanto, é indisponível. A crítica de Hayek encontra no planejamento e na planificação, diretrizes do intervencionismo típico ao advento do Estado Social e contrário ao sentido original da expressão Estado de Direito, um alvo destacado.

A doutrina liberal no Brasil tem pouca tradição, jamais se enraizando entre nós seus princípios, contrários que se mostraram ao *ethos* brasileiro, de derivação lusitana. À exceção do período monárquico, o liberalismo não encontrou ambiente favorável no Brasil. Nossas constituições, ao menos na forma, desde cedo penderam para os padrões próprios ao modelo do Estado Social. Como corolário do patrimonialismo aqui reinante, o poder governamental poucas vezes se deparou com limites objetivos, tendo o intervencionismo avançado a partir da década de 1950 e, especialmente, durante o regime militar. Nada obstante, não houve significativos avanços na área social, permanecendo o país muito longe do desenvolvimento. Ao que parece, portanto, o “neoliberalismo” encontra também no Brasil um ambiente favorável à sua difusão, já que os problemas estruturais enfrentados são comuns ao país e o intervencionismo desmedido e deletério, sob o influxo do direito econômico, vem sendo alvo de sérias oposições. Não se pode considerar, ademais, que a estrutura jurídica tenha favorecido o funcionamento eficaz dos mecanismos de mercado. A Constituição promulgada em 5.10.88, detalhista e em muito desamparada de efetividade, é o principal exemplo do quanto estamos longe dos princípios liberais, o que não impede que se pretenda creditar ao capitalismo-liberal as razões de nosso subdesenvolvimento.

## Abstract

The *neoliberalism* term have been used to designate two different trends of liberalism, the social and abstentionist or non-interventionist. The seconde sense of ther words has been employed with more frequence at the present.

This new liberalism can be seen as a reconciliation with the doutrine foundations and it finds in the intellectual ideas of Friedrich A. Hayek, Karl Popper, Robert Nozick, James Buchannan, Guy Sormann and Milton Friedman their exponents, among others. It is related to the interventionist state criticism and ther unwelcome consequences that lead to public deficits, inflation, regulamentation excess, individual liberty clipping etc.

Historically the first manifestations to this criticism to the Welfare State and its conceptions can be found in the 1940 decade.

The liberal criticism have found space to its dissemination as a political practice specially in the 1980 decade when the Welfare State began to show serious structural problems.

The criticism is directed to the socialist trends that gained projection specially in the last hundred years bing replaced in the agenda the values and concepts rediscussion as the liberty, equalness, justice and democracy.

In the law society, specifically the criticism tends to go against the juridical positivism that favored the regulamentation excess, the political supremacy over the law and ther limitation absence to the governamental actuation.

Friedrich A. Hayek is commonly acclaimed as the neoliberalism father having launched in 1944 the work "The road to serfdom" he is renowned by some brazilian jurists and the core thought of this economist and political philosopher is the evolution concept and its spontaneous orders.

For Hayek the most durable and efficacious social institutions constitute the fruit of a slow evolution process imposing themselves by the advantages that offer to the groups. Such institutions highly complexes and examples of the law and market have not intentionally been created or organized by someone. They are the result from the interaction of all the individuals in search of their own objectivès. Due to its complexity

they can't be freely altered without risking its functioning and not being able however to confuse them with organizations, those intentionally created aiming the specific attendance elected by its creators. From this conceptions that backs the liberal thought classicals it has been created the criticisms to the constructivist's conceptions which major example is the socialism in its different forms. Those conceptions intend to create and modify the social institutions freely from pretense centralized knowledge facts and circumstances involved. This knowledge however is indispensable. The criticism to Hayek finds in the planning and planifications the interventionism directrices typical to the Welfare State advent and opposite to the original sense of the expression law state, and emphasized target.

The liberal doctrine in Brazil has little traditions, never being rooted among us its principles as opposite they are to the Brazilian "ethos" from Lusitanian derivation. The liberalism, apart from the monarchical era, didn't find a favorable environment in Brazil. Our constitutions, at least in their shape since the beginning tended to their own Welfare State model. As corollary of the patrimonialism here in focus the governmental power faced itself with the limited objectives a few times as for the interventionism advanced from the 1950 decade and more specifically during the military regime. Since then, there have been no meaningful advances in the social area keeping the nation far apart from its development. Thus, the "neoliberalism" finds in Brazil a favourable environment to its diffusion since the structural problems faced are common to the country and disproportionate and deleterious interventionism under the economist law influx have been the target of serious oppositions. It can't be considered, moreover, that the juridical structure have favoured the efficacious functioning of the market mechanisms.

The constitution promulgated in August 5th, 88, detailed in its nature and far abandoned of the effectiveness in the main example of how far we are the liberal principles that don't prevent us to responsible the liberal-capitalism for the reasons of our underdevelopment.



## BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ANDERSON, Perry. *O fim da história: de Hegel a Fukuyama*, trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

\_\_\_\_\_. *Historiador faz balanço do neoliberalismo*. **O Estado de São Paulo**. Caderno de Cultura: 20 mai 1995.

BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas da América Latina*. Caderno Dívida Externa n. 6, novembro 1994. São Paulo: Paz e Terra.

BELLAMY, Richard. *Liberalismo e Sociedade Moderna*, trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1994.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*, trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, trad. Marco Aurélio Nogueira. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

\_\_\_\_\_, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, trad. Carmen C. Varriale et al. 4. ed. 2 v. Brasília: UnB, 1992.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992a.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BÖHM-BAWERK, Eugen von. *A teoria da exploração do socialismo-comunismo; a idéia de que toda renda não advinda do trabalho (aluguel, juro e lucro) envolve injustiça econômica (Um extrato)*, trad. Lya Luft. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiro, 1994.

BUTLER, Eamonn. *A contribuição de Hayek às idéias políticas e econômicas de nosso tempo*, trad. Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia da Letras, 1995.

CAMPANHOLE, Adriano et al. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.

CERRONI, Umberto. *Política: métodos, teorias, processos, sujeitos, instituições e categorias*, trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, trad. Lydia Christina. 6. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder. *O indispensável direito econômico*. In: Revista dos Tribunais n. 353, março 1965. p. 24-26.

\_\_\_\_\_. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CORREA, Oscar Dias. *A defesa do Estado de Direito e a emergência constitucional*. Rio de Janeiro: Presença, 1980.

\_\_\_\_\_. *A Constituição de 1988: contribuição crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

COTRIN NETO, A. B. *Intervenção do Estado no domínio econômico*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 46. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 45-51.

CRETELLA JR., José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. et al. *A Constituição Brasileira 1988: interpretações*. Rio: Forense, 1988.

D'AVILLA, Luiz Felipe (org.) et al. *As Constituições brasileiras*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

- DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*, trad. Renato Aguiar et al. Rio de Janeiro: Zahar, São Paulo: Edusp, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Sociedade e liberdade: para uma análise sociológica do presente*, trad. Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980.
- DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- DEBRUN, Michel. *A conciliação e outras estratégias*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- DRAIBE, Sonia M. *As políticas sociais e o neoliberalismo: reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas*. In: Revista USP n. 17. Março/abril/maio 1993: 83-101.
- ECCO, UMBERTO. *Como se faz uma tese*, trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1989.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 9. ed. 2 V. São Paulo: Globo, 1991.
- \_\_\_\_\_. *A aventura liberal numa ordem patrimonialista*. In: Revista USP n. 17. Março/abril/maio 1993: 14-29.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. et al. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FARJAT, Gérard. *Droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Hans Kelsen, um divisor de águas*. In: Revista Seqüência n. 4. Dezembro/81, p.136-138.
- \_\_\_\_\_. *Constituinte: assembleia, processo, poder*. São Paulo: RT, 1986.
- \_\_\_\_\_. et al. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988: aplicabilidade, congelamento, coisa julgada fiscal, capacidade contributiva, ICMS, empresa brasileira, poder constituinte estadual, medidas provisórias, justiça e segurança, servidor público*. São Paulo: Atlas, 1990

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 4. ed. 2 V. São Paulo: Saraiva, 1962.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: RT, 1979.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIORI, José Luís. *Condenados da terra*. **Folha de São Paulo**. 21 abr. 1996.

FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Liberalismo e pobreza: a liberdade vencendo a miséria*. São Paulo: Inconfidentes, 1989.

\_\_\_\_\_. *As partes & o todo*. São Paulo: Siciliano, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRIEDMANN, Milton & FRIEDMANN, Rose D. *Liberdade de Escolher*, trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record, 1980.

\_\_\_\_\_. *A tirania do status quo*, trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record, 1984.

GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa: uma perspectiva humana*, trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

GIL, Otto. *Correção monetária*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 20. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 479-497.

GOMES, Orlando. *Marx e Kelsen*. Salvador: Progresso, 1959.

\_\_\_\_\_. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico - II*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 46. São Paulo: Saraiva, 1977: 52-67.

- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Disciplina jurídica da iniciativa econômica*. In: Caderno de Direito Econômico n. 1. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 41-64.
- \_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: RT, 1990.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de et al (Coord.). *O Direito na década de 1990: novos aspectos: estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. São Paulo: RT, 1992.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Caloutos Gulbenkian, 1986.
- HAYEK, Friedrich Auguste. *Hayek na UnB: conferências, comentários e debates de um simpósio internacional realizado de 11 a 12 de maio de 1981*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Os fundamentos da liberdade*, trad. Anna Maria Capovilla et al. Brasília: UnB; São Paulo: Visão, 1983.
- \_\_\_\_\_. *O Caminho da Servidão*, trad. Anna Maria Capovilla et al. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*, trad. Anna Maria Capovilla et al. 3 v. São Paulo: Visão, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Desemprego e política monetária*, trad. Og Francisco Leme. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.
- HICKS, John. *A crise da economia keynesiana*, trad. Evelyn Kay Massaro. São Paulo: Vértice, 1987.
- HIRSCHMAN, Albert O. *A economia como ciência moral e política*, trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, trad. João Paulo Monteiro et al. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).
- HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos*, trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 25 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

- HUNT, E. K. *História do Pensamento Econômico*, trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus.
- JACQUEMIN, Alex & SCHRANS, Guy. *O direito econômico*, trad. Manuel Campos e Alexandre de Freitas. Lisboa: Editorial Veiga, s.d.
- JEANTET, Thierry. *O indivíduo coletivo*, trad. Laurent L. Schaffter. São Paulo: Vértice, 1986.
- JOHNSON, Paul. *Os intelectuais*, trad. Rio de Janeiro: Imago, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Inimigos da sociedade*, trad. Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Nórdica, s.d.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- \_\_\_\_\_. *A justiça e o direito natural*, trad. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- \_\_\_\_\_. *A democracia*, trad. Vera Barkow et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do Direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KEVERGAN, Jean-François. *Existirá uma filosofia liberal? - Observações sobre as obras de J. Rawls e F. Hayek*, trad. Beatriz Sidou et al. In: *Filosofia Política* 6. Porto Alegre: Denis Rosenfield, 1991. p. 31-61.
- KRISCHKE, Paulo J. (Org.). *O contrato social, ontem e hoje*; org. Paulo J. Krischke. São Paulo: Cortez, 1993.
- KURZ, Robert. *A biologização do social*, trad. José Marcos Macedo. **Folha de São Paulo**. 07 jul. 1996.
- LAJUGIE, Joseph. *Os sistemas econômicos*, trad. Geraldo Gerson de Souza. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993.
- LAL, Deepak. *A pobreza das teorias desenvolvimentistas*, trad. Ana Maria Sarda. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.
- LASKI, Harold. *La libertad en el Estado moderno*, trad. Eduardo Warshaver. Buenos Aires: Editorial Abril, 1945.

LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei*, trad. Diana Nogueira et al. Porto Alegre, Ortiz, 1993.

LOBO, Ricardo Torres. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

MACEDO, Ubiratan Borges. *Liberalismo e justiça social*. São Paulo: IBRASA, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Disciplina jurídica da iniciativa privada*. In: Caderno de Direito Econômico n. 1. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 109-137.

MARTINS FILHO, Ives Gandra Martins. *A legitimidade do direito positivo: (direito natural, democracia e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MERQUIOR, José Guilherme. *Rousseau e Weber: dois estudos sobre a teoria da legitimidade*, trad. Margarida Salomão. Rio de Janeiro: Guanabara, 1980.

\_\_\_\_\_. *O argumento liberal*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

\_\_\_\_\_. *O liberalismo - antigo e moderno*, trad. Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

\_\_\_\_\_. *Algumas reflexões sobre os liberalismo contemporâneos*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991a.

MIRANDA NETO, Manoel José de. *A crise do planejamento*. Rio de Janeiro: Nórdica, 1981.

MISES, Ludwig von. *Uma crítica ao intervencionismo*, trad. Arlette Franco. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, s/d.

\_\_\_\_\_. *O mercado*, trad. Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo: segundo a tradição clássica*, trad. Haydn Coutinho Pimenta. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

\_\_\_\_\_. *A mentalidade anticapitalista*, trad. Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

- NICZ, Avacir Alfredo. *A liberdade de iniciativa na Constituição*. São Paulo: RT, 1981.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*, trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.
- NUSDEO, Fábio. *A elaboração e aplicação da norma de direito econômico*. In: Caderno de Direito Econômico n. 1. São Paulo: Resenha Tributária, 1983: p. 17-39.
- O'CONNOR, James. *USA: a crise do Estado Capitalista*, trad. João Maia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- OPTIZ, Oswaldo. *Integração social*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PEREIRA, Affonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*, trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1987.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Molares. Buenos Aires: Bosh y Cia., 1950.
- RITANI, Flávio. *Economia do setor público: uma abordagem introdutória*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direito sindical brasileiro*. Rio de Janeiro: Brasília, 1976.
- ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'Etat-providence*. Paris: Éditions du Seuil, 1981.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes*, trad. Lourdes Santos Machado. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).



- SADER, Emir (Org.). *O mundo o depois da queda*, trad. Jamary França. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- SAMUELSON, Paul A. & NORDHAUS, William D. *Economia*, trad. de Elsa Nobre Fontinha et al. 14. ed. Lisboa: McGraw-Hill, 1993.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SCANTIMBURBO, João de. *História do liberalismo no Brasil*. São Paulo: LTr, 1996.
- SIEGAN, Bernard H. *Como elaborar uma constituição para uma nação ou república que está despertando para a liberdade*, trad. Diana Nogueira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.
- SIMPSON, David. *O fim da macroeconomia?*, trad. Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.
- SINGER, Paul. *A nostalgia das revoluções perdidas*. **Folha de São Paulo**. Caderno 5, 14 abr.1996, p. 3.
- SORMAN, Guy. *O Estado mínimo*, trad. Alexandre Damian Guasti. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988.
- \_\_\_\_\_. *A nova riqueza das nações*, trad. Célia Neves Dourado. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1994.
- TELLES, Ignácio da Silva. *A experiência da democracia liberal*. São Paulo: RT, 1977.
- UTZ, Arthur. *Entre o neoliberalismo e neomarxismo: uma filosofia de caminhos alternativos*, trad. de Edwino Aluysius Royer. São Paulo: EDUSP, 1981.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei*, trad. de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VERGARA, Francisco. *Introdução aos fundamentos filosóficos do liberalismo*, trad. Catherine M. Mathieu. São Paulo: Nobel, 1995.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: RT, 1977.

VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*, trad. Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, trad. M. Irene de Q. F. Szmerecsányi e Tamás J. M. K. Szmerecsányi. 9. ed. São Paulo: Pioneira, 1994.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, trad. Regis Barbosa et al. vol. I. 3. ed. Brasília: UnB, 1994.